

賃貸住宅の通常損耗と敷引特約

野 口 大 作

- 一 はじめに
- 二 判例の動向
- 三 学説の検討
- 四 考察
- 五 おわりに

一 はじめに

我が国の賃貸住宅の賃貸借契約においては、従前から賃料とは別に、敷金、礼金、権利金、保証金、更新料、水道清掃料など、さまざまな名目で賃貸人と賃借人との間で特約が締結されている。これらの特約について、契約書にその詳細が明記されるとともに、契約締結時に賃貸人から説明がなされ、賃借人がすべての項目の詳細を理解し、納得したうえで契約しているのであれば何ら問題が生じないはずであるが、往々にして入居後、特に契約の延長時・契約期間満了退去時に、賃借人側に、多額の更新料、予想外の通常損耗費用の負担、さらに保証金・敷金が返還されない、または返還されても少額であるなどの不満が生じ、多くの紛争が生じている。その原因として問題となったのは、一方では、賃貸人側の問題であり、賃貸人が、契約書を一方的に作成して賃借人に交付するため、①特約内容を契約書の本文ではなく別紙または目録などに記載している、②特約内容を一般人には理解困難な用語または文章を用いて記載している、③契約締結時に契約書等を交付するだけで十分な説明を尽くしていない、④契約締結の直前に、特約を含めた多くの契約事項に関する説明を一度に行うため、賃借人がその内容を十分に理解・検討できない、⑤通常損耗料等については、退去時にしか算出できな

いとして、契約時に賃借人にその具体的な負担金額を知らせない(したがって、契約時には賃借人に予想できない金額が、退去時に請求されることになる)、他方、賃借人側の問題としては、⑥退去時の原状回復義務について、通常損耗等を含めて契約締結時の状態にすべて戻さなければならないと思い込んでいる、⑦更新料・通常損耗等の回復費用などについては、契約時に支払わずに済む項目であるため、契約時には賃料にのみ注目し、他の支払項目に注意を払わない、⑧保証金や敷金は常に全額返還されると信じ込んでいるなどである¹。

これらの問題については、国土交通省が、「原状回復のトラブルとガイドライン」(以下、ガイドラインという)を平成10年3月に作成した(平成16年2月に改訂、23年8月に再改訂)ことにより、標準契約書とともに、これらの問題解決に向けて指導的役割を果たしたほか、これまでに多数の下級審の判決が下された。しかし、下級審判決の見解は、ほぼ同様の事案について、各々見解が異なっていたため、近時最高裁が、これらの見解を踏まえて判決を下したのである。まず、最判平成17年12月16日は、消費者契約法施行前の特定優良賃貸住宅(賃貸人が住宅供給公社)の賃貸借契約における通常損耗等回復特約について、通常損耗は、賃貸借契約の本質上当然に予定されていることから、その回復費用は賃貸人負担が原則であり、賃借人に賃貸住宅の通常損耗等の原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課することになるから、少なくとも、通常損耗等の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、賃貸人の説明により、賃借人が特約内容を明確に認識した上、合意内容としたなど、特約の明確な合意が必要であると判示した。その上で、当該事例では、契約条項の指示による別添負担区分表の記載だけでは、具体的に明記した条項とは言えず、かつ説明会でも明らかな説明はなかったと認定し、特約に関する合意自体の成立を否定した。次に、消費者契約法施行後の民間賃貸住宅の敷引の事例に対して、最判平成23年3月24日は、通常損耗等

の回復費用を賃借人に負担させる趣旨を含む敷引特約は、民法の任意規定による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものとして消費者契約法 10 条前段に該当するが、その金額が契約書に明示されている場合には、当事者に明確な合意が認められるから、敷引の額が高額に過ぎると評価される場合以外は、信義則に反するものとはいえず、消費者契約法 10 条後段には該当しないと判示して、特約に関する合意の成立とともに特約の効力も肯定した。さらに、最判平成 23 年 7 月 12 日は、先の最判平成 23 年 3 月 24 日を引用し、契約締結時に契約条項によって、賃借人に保証金の支払義務があることと契約終了時に敷引金の返還のないことが明確に読み取れることから、敷引特約の合意を認めるとともに、その金額についても大幅に高額とはいえないとして、平成 23 年 3 月判決と同様に消費者契約法 10 条前段該当性を認めながらも、後段には該当しないとして、特約の効力を肯定している。これら 3 つの最高裁判決に対しては、更新料に関する最判平成 23 年 7 月 15 日とともに、さまざまな評価がなされているが、本稿では、通常損耗等の回復費用と敷引特約のみを取り上げ、以下検討する。

二 判例の動向

賃貸住宅の通常損耗分の回復費用を敷金から控除することの可否については、消費者契約法施行前は、名古屋地判平成 2 年 10 月 19 日判時 1375 号 117 頁（小修繕特約は、賃貸人の修繕義務を免除したに留まり、賃借人に修繕義務を課するには特別の事情を要するとしたほか、通常損耗の回復費用は賃貸借契約の性質上本件賠償特約には含まれないとした判決）、大阪高判平成 12 年 8 月 22 日判タ 1067 号 209 頁（自然による劣化や通常使用による価値低下の減価分は、賃貸借の本来の対価であり、賃借人に負担させることはできないから、賃借人に負担させるためには、契約条項で明確に賃借人負担と定めて承諾を得て契約すべきところ、本件特約の契約条項は、

賃借人の一般的な原状回復義務としか読めないから、賃借人負担の特約はなかったとした判決)、東京地判平成 12 年 12 月 18 日判時 1758 号 66 頁(特約の文言解釈上自然損耗を含まない趣旨であると解することは困難であり、通常損耗も含めて賃借人が負担すべきとして、特約を有効と判示)、神戸地裁尼崎支部判平成 14 年 10 月 15 日判時 1853 号 109 頁(通常損耗の回復費用の負担については、法令に特別の定めがない限り原則として当事者が自由に定められるのであり、回復費用を賃料に含ませるのではなく、事後的に賃借人に負担させても、私法的効力を奪われるものではないとして、特約を有効と判示)、大阪高判平成 6 年 12 月 13 日判時 1540 号 52 頁(敷引の事案について、通常損耗の回復費用は、保証金から控除される敷引金の中で補償されていることが予定されていると判決)がある。

このほか、特に、特定優良賃貸住宅について、①大阪高判平成 15 年 11 月 21 日「兵庫県住宅供給公社事件」判時 1853 号 99 頁(特約は不成立で無効と判示)、②大阪高判平成 16 年 5 月 27 日「大阪府住宅供給公社事件 1」判時 1877 号 73 頁(特約は有効と判示)、③大阪高判平成 16 年 7 月 30 日「大阪府住宅供給公社事件 2」判時 1877 号 81 頁(特約は公序良俗違反で無効と判示)が存在する²。①～③は、いずれも特定優良賃貸住宅の契約書に修繕負担区分表が添付されていた事例であるが、①では、契約条項に、賃借人の責に帰すことができないものについては、原状回復義務がないとしながらも、修繕負担区分表によって賃借人に帰責のない通常損耗にあたる部分を賃借人負担としていた。また、契約締結会で契約書の作成と敷金の差し入れを実施した後、入居説明会ですまいのしおりによって退去時手続のみ読み上げ、負担区分表については、一切説明がなく、各自で読むよう依頼しただけであった。②では、契約締結に先立って入居説明会があり、特定優良賃貸住宅の説明と契約書の重要事項の説明とともに、区分表に関する若干の説明(退去跡査定と補修費用負担は区分表の基準に基づいて負担する旨の説明はあったが、負担区分表の各項目に関する説明はなかった)と、契約締結

前 17 日間の検討期間を設けるとともに、負担区分表を承知している旨の書面を賃借人からとっていた。③においても、②と同様に、月末の契約締結に先立って、半月前に入居説明会を行い、すまいのしおりや賃貸借契約書等書類を交付し、契約書の主要な内容とともに、畳表の表替えを例に出して、退去跡査定と補修費用は区分表の基準に基づいて負担する旨を説明し、帰宅後契約書内容を確認するよう付言した（ただし、区分表の各項目の説明はなかった）。①と②③の事案の決定的な違いは、①の事例が、賃借人の負担区分について、予め区分表を交付することなく、しかも契約締結後に、交付しただけで何ら説明もなかった点である。①判決は、この点を重視し、通常損耗分の回復費用を賃借人に負担させる特約自体が契約の成立段階で合意されていないとして、通常損耗分の回復費用の敷金からの控除を否定したが、②③判決は、ともに特約は成立しているとしたうえで、前者は、特約内容は民法 90 条の公序良俗に反するものではないとする一方、後者は、特約が特優賃貸法施行規則 13 条の「不当な負担」に該当し、特優賃貸法の規制を著しく逸脱し、公序良俗に違反し無効であると判決した。両判決が、ほぼ同じ事案でありながら、結論が異なるのは、②判決が、行政指導による標準契約書も強制力・法的拘束力を持たない以上、契約自由の原則を重視し、通常損耗を賃借人負担とする特約を設けることも認められるものであり、その内容も通常損耗のすべてを負担させるものではなく、負担内容も明確であるとして、賃借人の予測可能性を害せず不当に不利益とならないとしたのに対し、③判決は、賃貸借契約という契約の本質から賃借人の原状回復義務の範囲には通常損耗分は含まれないという民法の賃貸借契約の原則を重視したうえで、いわゆる行政取締法規である特優賃貸法の適用を受ける住宅供給公社の特定優良賃貸住宅であることに留意し、賃借人に通常損耗分の原状回復義務を負わせることは、民法の解釈・行政指導の動向等から特優賃貸法・規則の「不当な負担」にあたるとともに、住宅供給公社の公法人性・優越性から、通常損耗分回復費用負担特約を一方的に定

めて一律に契約を締結することは、特優貸貸法の規制を著しく逸脱し、社会通念上も容認し難いと判示しており、いわゆる広義の取締法規違反の問題として、取締法規違反に加えて社会的妥当性を吟味し公序良俗違反で無効と判断したのであって³、その法的評価を異にしていた。

結局、下級審の結論が分かれていた中、②判決の上告審である、
【1】最判平成 17 年 12 月 16 日(敷金返還請求事件、裁時 1402 号 6 頁、判時 1921 号 61 頁、判タ 1200 号 127 頁)は、「賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務があるところ、賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とするものであり、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものである。それゆえ、建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物件の劣化又は価値の減少を意味する通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払を受けることにより行われている。そうすると、建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課すことになるから、賃借人に同義務が認められるためには、少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約（以下「通常損耗補修特約」という。）が明確に合意されていることが必要であると解するのが相当である。」とした。その上で、本件は、本件契約書条項 22 条 2 項自体に通常損耗等補修特約の内容が具体的に明記されていないとともに、負担区分表の内容は、通常損耗等を含む趣旨であることが一義的に明白ではなく、通常損耗等補修特

約の成立が認められるために必要な内容を具体的に明記した条項はないとし、また、入居説明会でも通常損耗等補修特約の内容を明らかにする説明はなかったとし、結局、賃借人は、「本件契約を締結するに当たり、通常損耗等補修特約を認識し、これを合意の内容としたものということとはできないから、本件契約において通常損耗等補修特約の合意が成立しているということとはできないというべきである。」と判示し、通常損耗費以外の補修費用の額については、差し戻した。

最高裁は、賃貸借契約では、賃借物の使用と賃料の支払が対価関係にあり、賃借物の使用には必然的に通常損耗が伴う以上、通常損耗の回復費用は、原則賃貸人負担であり、したがって、通常は必要経費・減価償却費として賃料に含まれていることを確定した一方、契約自由の原則から、特約によってこれを例外的に賃借人負担にすることを認めた。すなわち、通常損耗等の回復費用は、賃貸人負担が原則であるとしながらも、賃借人負担特約の存在自体は否定しなかったのである。しかし、最高裁は、本来賃貸人が負担すべき通常損耗等を賃借人負担とすることは、賃借人にとっては、予期しない特別の負担を課せられることを重視し、特約を認める際の要件を厳格なものに設定した。すなわち、その要件としては、「通常損耗等補修特約」の明確な認識・合意であり、明確な認識・合意の例示としては、少なくとも、①賃借人負担の通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、②賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められる場合である。本件は、契約書に比較的詳細な文言が書かれており（契約条項自体に、「本件負担区分表に基づき補修費用を賃貸人の指示により負担しなければならない」との文言が存在する）、しかも、負担区分表は契約書に添付されていた。また、負担区分表の各項目に関する説明はなかったものの、補修費用については負担区分表の

基準に基づき負担する旨の説明は行われた上、負担基準に関する説明が記載された「住まいのしおり」が配布されていた。さらに、説明会から契約締結日までは約 2 週間の検討期間があり、かつ賃借人から承諾念書までとっていた事案である⁴。しかし、最高裁は、本件では、明確な合意は認められないとして、特約の成立自体を否定したのである。最高裁は、特定優良賃貸住宅に関する事例（賃貸人は、特優良賃貸法の適用を受ける住宅供給公社）とはいうものの、特優良賃貸法や公庫法による公序良俗違反を導くことによって契約内容の有効性を否定したのではなく、賃貸借契約の本質から、通常損耗等の回復費用は、賃貸人負担が原則であることを導いた上、特約の成立要件を厳格に設定し、本件では、特約自体の成立を否定したことから、判決の射程は、他の民間住宅の賃貸借にも広く適用が及ぶものとされ⁵、賃貸人側は、契約書の契約条項の文言の見直し、補修費の具体的かつ明確な負担区分の提示、及び賃借人への詳細な説明を行わざるを得なくなったのである。言い換えれば、最高裁は、賃貸借契約の本質から、特約の合意の成立を否定する手法を採用し⁶、特約の内容に対する評価（必要性・合理性）に入ることなく、特約自体の成立要件を厳格に解したため⁷、結果的に、広く賃貸人に対して厳しい義務を課することになったのである⁸。

平成 13 年 4 月 1 日消費者契約法施行以後に通常損耗等の回復費用に関する特約が問題となった事件については、【1】最判平成 17 年以前の判決として、民間住宅に関する④大阪高判平成 16 年 12 月 17 日判時 1894 号 19 頁（敷金返還請求控訴事件、特約は消費者契約法 10 条により無効と判決）がある。事案は、X は、Y2 の担当者と話をし、賃貸人 Y1 と会うことなく、賃貸借契約書・原状回復等に関する連絡文書に調印し、賃料月額 5 万 5000 円、敷金 20 万円、期間 1 年で入居した後（その後更新料 2 か月分で 2 回契約を更新している）、賃貸借の終了退去時に際して、自然損耗及び通常の使用損耗の原状回復義務負担特約によって原状回復費用 20 万円を要し

たとして清算書、修理明細書が賃借人に送付されたが、賃借人 X は、敷金返還が全くなかったため、本件原状回復特約は、民法 90 条違反ないし消費者契約法 10 条違反により無効である旨主張し、Y1 に対し本件敷金の返還と遅延損害金の支払を訴求したものである。なお、通常損耗分の賃借人負担の書類及び説明状況など契約締結過程の詳細は不明であるが、本件契約書には、退去時、賃貸人の検査の結果、畳・障子・襖・内壁その他の設備を修理・取替・清掃の必要があると認めて賃借人に通知した場合には、自然消耗も含めて、本件建物を賃貸開始当時の原状に回復しなければならないこと、賃料には、原状回復費用を含まないとの契約条項（19 条）があったようである。原審は、本件自然損耗等による原状回復費用に関する特約は、消費者契約法 10 条により無効とし、X の請求を認容した。これに対して、Y1 が控訴。高等裁判所は、賃借人は、賃借物を使用収益することができ、その対価として賃料の支払義務を負うところ、通常損耗は、賃借人の使用収益権行使の当然の内容であり、使用収益の対価たる賃料は、自然消耗等を考慮して算出されているから、別途原状回復費用を負担させることは、賃借人に二重負担を課することになるとする一方で、自然消耗等についての原状回復費用分は、賃貸人が出捐しこれを再度の賃貸の賃料額に含めれば問題ないし、別途自然消耗の回復費用を徴収してもこれを控除した金額を賃料額とすれば、自然消耗等についての原状回復費用を賃借人に負担させても問題は生じないとしたものの、本件では、自然損耗の原状回復費用賃借人負担と、賃料には原状回復費用を含まないことが契約条項で合意されているが、その合意に相応する賃料算定がなされていないから、二重負担の問題が生じ、賃借人の犠牲のもとに賃貸人を不当に利する不合理な条項であると判断した。消費者契約法 10 条前段該当性に関しては、民法 483 条、400 条、さらに 616 条の準用規定 594 条により、賃借人は通常の使用及び収益をしている限り、返還すべき時の現状にて其の物を引き渡せばよいから、民法は、賃借人は原状回復義務を負わないと規定しているとし、賃料には本

来通常損耗分の回復費用を考慮して決められている以上、さらに別途賃借人に負担させるのは、二重の負担となり、民法の任意規定に比べて消費者の利益を一方的に害する規定であるとして、消費者契約法 10 条前段に該当すると判示した。また賃貸人は、賃借人に対して、自然損耗等についての原状回復義務を負担することと賃料に原状回復費用が含まれないこととの有利不利を判断しうる情報提供を行わず、本件特約は、賃借人に修理の必要があるとして通知した場合には当然に原状回復義務が発生する態様であり、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害しており、消費者契約法 10 条後段にも該当し、無効であると判示した。

特定優良賃貸法等の適用のない民間住宅についての本判決は、消費者契約法 10 条の該当性判断に先立ち、賃貸借契約の本質から、使用収益の対価たる賃料は自然消耗等を考慮して算出されているのであり、別途原状回復費用を賃借人に負担させることは、原則として二重負担になると判断した上で、例外的に、賃料額から別途通常損耗の回復費用を控除して賃料算定することも認められると判示した。しかし、本件では、たとえ、自然損耗の原状回復義務を賃借人に負担させる合意と賃料に原状回復費用を含まない合意がなされていても、その合意に相応する賃料算定がなされていない以上、やはり二重負担の問題が生じていると認定し、本件特約は、賃借人の犠牲のもとに賃貸人を不当に利する不合理な条項内容であるとした。消費者契約法 10 条については、まず、民法 483 条（特定物の原状の引渡し）、400 条（善管注意義務）、616 条の準用規定の 594 条（用法遵守義務）を根拠として、賃借人は通常の使用・収益をしている限り、返還すべき時の現状で引き渡せば足り、賃借人は、原状回復義務を負わないと規定しているから、本件特約は民法の任意規定の適用による場合に比し賃借人の義務を加重し、消費者契約法 10 条前段に該当すると判示した。また、10 条後段については、自然損耗等の原状回復義務を負担することと賃料に原状回復費用が含まれ

ないこととの有利不利を判断しうる情報提供を賃貸人は行わず、本件特約は賃借人に当然に原状回復義務が発生する態様となっており、交渉の余地もないことから、本件特約は、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害し、消費者契約法 10 条後段に該当し、無効であると判示した。

次に、建物賃貸借契約終了時に敷金の一部を賃借人に返還しない敷引特約の有効性については、⑤神戸地判平成 17 年 7 月 14 日（保証金返還控訴事件、判時 1901 号 87 頁）、⑥大阪地判平成 19 年 3 月 30 日（損害賠償請求控訴事件、損害賠償請求附帯控訴事件、判タ 1273 号 221 頁）、⑦京都地判平成 21 年 7 月 23 日（敷金返還請求事件、判時 2051 号 119 頁）などがある⁹。

⑤の神戸地判平成 17 年 7 月 14 日の事案は、賃借人 X が、1 か月賃料 5 万 6 千円、共益費 6 千円で期間 2 年自動更新、契約終了時に敷引金 25 万円を差し引いた残額を返還する旨の合意のもと保証金 30 万円を預け入れて賃貸人 Y と契約したものである。なお、特約は、敷金（保証金については解約金を差し引いた後の残金）は無利息で借主に返還するが、賃料滞納分、原状回復費用（保証金については通常の使用に伴う損耗を除く）の未払分及び損害賠償費用について、当該債務の額を敷金（又は保証金の残額）から差し引くことができるとされていた。X は、退去時、保証金 30 万円から敷引金 25 万円を差し引いた残額 5 万円の返還を受けたが、敷引特約は消費者契約法 10 条により無効であるとして、敷引金の返還を訴求した。原審は、X の請求を棄却したので、X が控訴した。地方裁判所は、民法 601 条から賃貸借契約は、賃貸目的物の使用収益と賃料の支払が対価関係にあることを本質的な内容とするものであり、民法上賃借人に賃料以外の金銭的負担を負わせる明文がなく、賃料以外の金銭的義務を賃借人に負わせることを予定していないから、賃料以外の義務を賃借人に負わせる内容の敷引特約は任意規定の適用による場合に比し、賃借人の義務を加

重するものとして、消費者契約法 10 条前段に該当すると認定した。また、敷引金の性質については、当事者に明確な意思が存在しない限り、ア. 賃貸借契約成立の謝礼、イ. 賃貸目的物の自然損耗の修繕費用、ウ. 賃貸借契約更新時の更新料免除の対価、エ. 賃貸借契約終了後の空室賃料、オ. 賃料を低額にすることの代償などが渾然一体となったものととらえ、ア及びウについては、賃借人のみに謝礼や更新料の支出を強いることは賃借人に一方的な負担を負わせるものであり正当な理由がないとし、加えて更新の有無にかかわらず更新料免除の対価として敷引金の負担を強いられるのは不合理であるとし、イについては、賃料と使用収益が対価関係に立つ賃貸借契約では自然消耗修繕費は考慮された上で賃料が算出されているから、賃料に加えて敷引金の負担を強いることは自然消耗修繕費二重の負担を強いることになる」と判示した。エについては、賃借人が使用収益しない期間の空室賃料を支払う理由はなく、オについては、賃料減額の程度が敷引金に相当するものでなければ、賃料の二重負担を強いることになり、しかも賃料とは異なり賃貸期間の長短にかかわらず一定額を負担することに合理性はなく、また、敷引金の負担によりどの程度賃料が低額に抑えられているのかという情報を提供されない限り、消費者は敷引金の負担により賃料が低額に抑えられることの有利・不利を判断することも困難であることを指摘している。さらに、交渉力の格差から消費者が敷引特約自体を排除することは困難であり、関西地区の慣習からすると賃貸業者が敷引特約を一方的に押し付けている状況にあることから、本件特約は、信義則に違反して賃借人の利益を一方的に害し、消費者契約法 10 条後段にも該当するとして無効と判断した。

⑥大阪地判平成 19 年 3 月 30 日は、賃借人 X (女性) が、1 か月賃料 5 万 2 千円、共益費 3 千円で期間 1 年自動更新、契約終了時に敷引金 30 万円を差し引いた残額を返還する旨の合意のもと保証金 40 万円を預け入れて賃貸人 Y 社と契約した (保証金は、延滞賃料

共益費等を差し引いてXに返還すると定められていた）事案である。Xは、契約1回更新の後、1階に居住しているY社の代表者かつ管理人であるY1が、クーラーの不具合修理のために、Xの同意を得ることなく、業者とともにX宅に立ち入って修理をしたために（Xは、修理を承諾していたが、予め承諾していた予定日とは異なる日に連絡なく立ちった）、無断立ち入りは賃貸人の債務不履行にあたるとして、契約の解除を主張し、保証金から未払賃料共益費を控除した残額の返還を請求するとともに、慰謝料等を訴求した。原審は、未だ信頼関係は破壊されていないとして契約解除を否定しながらも、債務不履行及び不法行為に該当するとして5万円の慰謝料を認容した。また、敷引金のうち、5万円については有効としたが、25万円については、消費者契約法10条により無効であるとして、未払賃料共益費を差し引いた20万円余についてののみ、Xの請求を認容したが、Xは敷引金全額返還等を主張して控訴した。裁判所は、敷引金の性質は、当事者の明確な意思が存しない場合には、ア、賃貸借契約成立の御礼、イ、賃貸目的物の自然損耗の修繕費用、ウ、賃貸借契約更新時の更新料免除の対価、エ、賃貸借契約終了後の空室賃料、オ、賃料を低額にすることの代償などの説明（渾然一体となったもの）を肯定し、本件は、契約締結時に、Xの要望により家賃5千円を下げる代わりに敷引金を5万円上げる交渉を行った経緯に照らすと、5万円については、「賃料減額の代償であることが明らかである」が、残額については、渾然一体のものと判断した。そして、賃貸借契約は、目的物の使用収益と賃料支払が対価関係にあることを本質的な内容とすること（601条）、修繕・必要費は、賃貸人が負担すべきとの規定（606条1項、608条1項）や、賃借人の債務不履行は別として、民法上賃借人に賃料以外の金銭的負担を定める明文もないこと、保証金は、賃借人の債務不履行の担保であり、賃借人が賠償すべき額を除いて全額返還すべきものであることは不文の任意法規であること、賃料の4カ月分を超え、保証金の6割を超える高額・高率の敷引特約は、不文の任意法規や契約の一般法規に

よっても承認されていないことから、消費者契約法 10 条前段に該当するとした。また、ア、賃貸借契約成立の御礼、ウ、賃貸借契約更新時の更新料免除の対価については、賃借人のみが謝礼的な金銭の支払いを負担することに合理性はなく、エ、賃貸借契約終了後の空室賃料についても、賃借人が実際に使用収益しない期間の空室賃料を負担すべき合理的理由がないとともに、イ、賃貸目的物の自然損耗の修繕費用については、最判平成 17 年の合意要件をみださず、賃料に加えて自然損耗の修繕費を負担させることは二重負担になるとした。しかし、オ、賃料を低額にすることの代償について、5 万円については、賃料の 5 千円減額に対応することが明確であり、賃貸借期間が 1 年で自動更新であることから、賃料減額分の 10 カ月分に相当する 5 万円が X に一方的に不利益であるとはいえないが、残額の 25 万円については、いくら賃料に相当するかは全く不明であり正当な対価関係が認められないこと、敷引額が賃料の 4 カ月分であつ保証金の 6 割超で高額・高率であること、基本賃貸期間が 1 年間であることから、賃料減額の対価としても賃借人に一方的に不利益な内容としている。また、本件敷引特約は、予め付されているもので、敷引金減額の余地はあっても、敷引金自体の排除は困難であり、しかも関西では敷引特約が慣行であり、賃借人の交渉努力による排除は困難であることから、25 万円については、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものとして、消費者契約法 10 条後段に該当するとしている。

⑦京都地判平成 21 年 7 月 23 日の事案は、賃借人 X が、1 か月賃料 5 万 8 千円、共益費 5 千円で期間 2 年自動更新、更新料 2 カ月分 11 万 6 千円、契約終了時に敷引金 30 万円を差し引いた残額を返還する旨の合意のもと保証金 35 万円を預け入れて賃貸人 Y と契約し、更新料を一回支払い更新したものである。なお、特約は、敷金（保証金）は無利息で借主に返還するが、未納家賃損害金、滞納損害金、原状回復の為の費用等を敷金（保証金）から控除して返還するとされていた。X は、敷引特約と更新料特約は消費者契約法 10 条

により無効であるとして、敷引金と更新料の返還を訴求した。敷引特約について、裁判所は、「賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とする契約であり（民法 601 条）、賃借人が賃料以外の金員の支払を負担することは賃貸借契約の基本内容に含まれない。そして、居住用建物の賃貸借の場合の保証金は、敷金と同様、賃料その他の賃借人の債務を担保する目的をもって賃貸借契約締結時に賃借人から賃貸人に交付される金員であり、賃貸借契約終了の際に賃借人の債務不履行がないときは、賃貸人はその金額を返還するが、債務不履行があるときはその金額中より当然弁済に充当されることを約束して授受する金員を指すことが多く、本件賃貸借契約書（甲一）第 2 条にも、その趣旨が規定されている。」とし、本件敷引特約は、全く返還を許さない趣旨か、基本的には返還しないが、原状回復費用が必要な場合には敷引特約を適用しないことにするかについて明確な約定がされているとはいえず、敷引金の授受が慣習化しているともいえないから、本件敷引特約は、法律上の性質ないし意味合いを明確にしないまま、民法その他の任意規定に比し消費者の義務を加重したものと判示した。また、消費者契約法 10 条後段については、本件賃貸借は 4 月入居で賃借希望者が多数存在し競争原理が働く結果、賃借人に交渉する余地はほとんどなく、敷引金は保証金の約 85% かつ賃料の約 5 カ月分で高額かつ高率であって消費者に大きな負担となるとともに、敷引金が、ア、自然損耗料及びリフォーム費用、イ、空室損料、ウ、賃貸借契約成立の謝礼、エ、当初賃貸期間の前払い賃料、オ、中途解約権の対価としても、いずれも敷引金の性質に合理的理由は認められないとしている。つまり、アの自然損耗料については、【1】最判平成 17 年を引用し、通常損耗等の回復費用は適正な額の賃料により回収するのが通常であり、かつ京都市内にこれと異なる慣習もないこと、リフォーム費用も、良質な居住環境の整備の対価としての礼金とみることができるが、これが適当である状況もないこと、イについては、賃借人からの解約も一定期間の経過を

もって終了するから、空室期間のリスクは賃貸人が負うべきであることとしている。ウについては、契約の成立により賃貸人も利益を受けるのであり、賃借人のみに謝礼を一方的に負担させる合理性はないこと、エについては、賃料が低額に設定されているかは明らかでなく、使用期間にかかわらず課することは賃料前払と解し得ないし、賃借人がこの趣旨を理解できていないこと、オについては、契約書 10 条 2 項により賃貸人にも中途解約権が留保されているから、賃借人のみに一方的に負担させる合理性はないとしている。

以上の 3 つの敷引特約に関する下級審判例は、消費者契約法 10 条前段と後段の該当性判断の理由づけにおいて若干混乱が見られるが、すべて、消費者契約法 10 条前段・後段該当性を肯定している。10 条前段該当性について、賃貸借契約の本質的内容から、賃貸物の使用収益と賃料が対価関係にあること（民法 601 条）、民法は、賃借人に賃料以外の金銭的負担を定める明文を置いていないこと、修繕・必要費は、賃貸人負担であること（民法 606 条 1 項、608 条 1 項）を主な理由としながら、さらに、⑥判決は、敷金（保証金）の性質（賃借人の債務不履行の担保であり、債務不履行による賠償額以外は全額返還すべきもの）、⑦判決は、本件敷引特約の法的性質の不明確性を根拠に加えて、賃借人に賃料以外の一定額の金銭的負担を課する敷引特約は、民法の任意規定に比し消費者の義務を加重するものであり、消費者契約法 10 条前段に該当するとしている。次に、10 条後段の該当性判断については、敷引金の性質を、当事者に明確な意思が存在しない限り、ア. 賃貸借契約成立の謝礼、イ. 賃貸目的物の自然損耗の修繕費用、ウ. 賃貸借契約更新時の更新料免除の対価、エ. 賃貸借契約終了後の空室賃料、オ. 賃料を低額にすることの代償、カ. 前払い賃料、キ. 中途解約権の対価などが渾然一体となったものと解しながら、いずれも不合理であると判示している。特に、イの自然損耗修繕費用については、賃貸借契約では、賃料の支払いと賃借物の使用収益が対価関係に立ち、通常自然消耗

修繕費は賃料に含まれるから、賃料に加えて敷引金の支払いを別途課することは自然消耗修繕費の二重の負担を賃借人に強いることになり（いわゆる「二重負担論」）、自然損耗修繕費用は適正な賃料額によって回収すべきであるとしている。また、敷引金の取得の代わりに賃料が減額されているとの主張に対しても、賃借人は、敷引金によりどの程度賃料が低額に抑えられているのかという情報を提供されない限り、敷引金により賃料が低額に抑えられることの有利・不利を判断することも困難であり、賃料とは異なり賃貸期間の長短にかかわらず一定額を負担することに合理性はないとしている。さらに、敷引金が高額かつ高率なものであること、交渉力の格差・敷引の慣習化から消費者が敷引特約自体を排除することは困難であることも考慮に加えて、敷引特約は賃借人に一方的に負担を強いるもので、消費者契約法 10 条後段に該当すると判断している¹⁰。

しかし、最高裁は、以下の判決によって、敷引特約は、通常損耗等回復費用の賃借人負担の趣旨を含み、この費用を敷引金として授受する旨の合意が成立している場合には、賃料には通常損耗等の回復費用が含まれない合意がなされているとみるべきであるとして、下級審が採用した二重の費用負担論を排斥し、特約によって敷引される金額（賃借人が負担すべき金銭的負担）が明確であれば、特約は、消費者契約法 10 条前段に該当するとしても、後段には該当せず、有効であると判断した。

【2】 最判平成 23 年 3 月 24 日（敷金返還等請求事件、民集 65 巻 2 号 903 頁、判時 2128 号 33 頁、判タ 1356 頁 81 頁）

《事実》

X（原告・控訴人・上告人）は、平成 18 年 8 月 21 日、Y（被告・被控訴人・被上告人）から京都市のマンションの一室（専有面積約 65.5㎡）を、同日から平成 20 年 8 月 20 日まで、賃料 1 か月 9

万 6000 円で賃借する旨の賃貸借契約を締結した。本件契約書には、以下の契約条項があった。X は、本件契約締結と同時に、保証金として 40 万円を Y に支払う (3 条 1 項)。本件保証金をもって、家賃の支払、損害賠償その他本件契約から生ずる X の債務を担保する (3 条 2 項)。X が本件建物を明け渡した場合には、Y は、契約締結から明渡しまでの経過年数に応じた額 (敷引金: 経過年数 1 年未満 控除額 18 万円、2 年未満 21 万円、3 年未満 24 万円、4 年未満 27 万円、5 年未満 30 万円、5 年以上 34 万円) を本件保証金から控除してこれを取得し、その残額を X に返還するが、X に未納家賃、損害金等の債務がある場合には、上記残額から同債務相当額を控除した残額を返還する (3 条 4 項)。X は、本件建物を Y に明け渡し場合には、これを本件契約開始時の原状に回復しなければならないが、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる損耗や経年により自然に生ずる損耗 (通常損耗等) については、本件敷引金により賄い、X は原状回復を要しない (19 条 1 項)。X は、本件契約の更新時に、更新料として 9 万 6000 円を Y に支払う (2 条 2 項)。

X は、平成 18 年 8 月 21 日、本件契約書 3 条 1 項に基づき、本件保証金 40 万円を Y に差し入れた。本件契約は平成 20 年 4 月 30 日に終了し、X は、同日 Y に対し本件建物を明け渡した。Y は、平成 20 年 5 月 13 日、本件契約書 3 条 4 項に基づき、本件保証金から本件敷引金 21 万円を控除し、その残額である 19 万円を X に返還した。なお、X は、本件保証金のほかに一時金の支払をしていない。X は、敷引金を賃借人が取得する本件特約は消費者契約法 10 条により無効であると主張し、本件敷引金の返還を訴求した。第一審、原審は、本件特約が消費者契約法 10 条により無効であるということとはできないとして、X の請求を棄却した。X が、建物の賃貸借における通常損耗等に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払を受けることにより行われるものであるのに、賃料に加えて、賃借人に通常

損耗等の補修費用を負担させる本件特約は、賃借人に二重の負担を負わせる不合理な特約であり、信義則に反して消費者の利益を一方的に害し消費者契約法 10 条により無効であると上告受理申し立てを行った。

《判旨》上告棄却

「本件特約は、敷金の性質を有する本件保証金のうち一定額を控除し、これを賃貸人が取得する旨のいわゆる敷引特約であるところ、居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、契約当事者間にその趣旨について別異に解すべき合意等のない限り、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含むものというべきである。本件特約についても、本件契約書 19 条 1 項に照らせば、このような趣旨を含むことが明らかである。」

「ところで、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものであるから、賃借人は、特約のない限り、通常損耗等についての原状回復義務を負わず、その補修費用を負担する義務も負わない。そうすると、賃借人に通常損耗等の補修費用を負担させる趣旨を含む本件特約は、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものというべきである。」

「次に、消費者契約法 10 条は、消費者契約の条項が民法 1 条 2 項に規定する基本原則、すなわち信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであることを要件としている。賃貸借契約に敷引特約が付され、賃貸人が取得することになる金員（いわゆる敷引金）の額について契約書に明示されている場合には、賃借人は、賃料の額に加え、敷引金の額についても明確に認識した上で契約を締結するのであって、賃借人の負担については明確に合意されている。そして、通常損耗等の補修費用は、賃料にこれを含ませてその回収が図られているのが通常だとしても、これに充てるべき金員を敷引金として授受する旨の合意が成立している場合には、その反面において、上記補修費用が含まれないものとして賃料の額が合意されてい

るとみるのが相当であって、敷引特約によって賃借人が上記補修費用を二重に負担するということとはできない。また、上記補修費用に充てるために賃貸人が取得する金員を具体的な一定の額とすることは、通常損耗等の補修の要否やその費用の額をめぐる紛争を防止するといった観点から、あながち不合理なものとはいえず、敷引特約が信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものであると直ちにいうことはできない。」「もっとも、消費者契約である賃貸借契約においては、賃借人は、通常、自らが賃借する物件に生ずる通常損耗等の補修費用の額については十分な情報を有していない上、賃貸人との交渉によって敷引特約を排除することも困難であることからすると、敷引金の額が敷引特約の趣旨からみて高額に過ぎる場合には、賃貸人と賃借人との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差を背景に、賃借人が一方的に不利益な負担を余儀なくされたものとみるべき場合が多いといえる。そうすると、消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、当該建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、当該賃料が近傍同種の建物の賃料相場に比して大幅に低額であるなど特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法 10 条により無効となると解するのが相当である。」

以上から、最高裁は、本件特約は、経過年数に応じて一定額を保証金から控除するものであり、本件敷引金の額が、契約の経過年数や本件建物の場所、専有面積等に照らし、本件建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額を大きく超えるものとまではいえないとした。また、本件敷引金の額は、賃料金額の 2 倍弱ないし 3.5 倍強にとどまっていることに加えて、賃借人は、1 か月分の賃料相当額の更新料の支払義務を負うほかには、礼金等他の一時金を支払う義務を負っていないから、本件敷引金の額が高額に過ぎ

ると評価できず、本件特約が消費者契約法 10 条により無効であるということとはできないと判示した。

本件【2】最判の事案の特徴は、①保証金からの控除額（敷引金）が一定額ではなく、契約締結から明渡しまでの経過年数に応じて金額が異なること、②保証金からまず敷引金を控除し、次に、賃借人に債務不履行（未納家賃や損害金等）がある場合には、その残額から債務不履行分をさらに控除し、最後の残額を賃借人に返還するとされていること、③契約条項（19 条 1 項）には、別紙「損耗・毀損の事例区分（部位別）一覧表」¹¹の「借主の負担となるもの」については、賃借人の負担で原状回復をしなければならないが、「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」については、3 条の保証金控除額（敷引金）でまかなうものとし、原状回復を要しないと規定されていること（しかし、「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」については、賃借人に原状回復を要しないとしながら、結局敷引金でまかなうのであり、実際は賃借人が負担することになるのである。この契約条項は、きわめて曖昧で、消費者が誤解する可能性が高い表現となっていることに留意すべきであり、【1】最判平成 17 年の特約の成立要件にも抵触するおそれがある）、同時に④原状回復費用は、家賃に含まれないものとするとの規定（19 条 5 項）が存在すること、⑤別紙「損耗・毀損の事例区分（部位別）一覧表」は、契約書 19 条 1 項で引用されている誓約書及び念書に添付されていたこと、⑥一覧表は、「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」と「借主の負担となるもの」に区分され、ほぼガイドラインどおりに、部屋の各場所・部位の項目ごとに具体的な損耗といずれの負担かが記載されていること、⑦「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」欄に、通常損耗にはあたらないリフォーム（「畳の裏返し・表替え」、「浴槽・風呂釜等替え」）が、括弧書きで「破損はしていないが、次の入居者確保の為にを行うもの」とされて含まれていること（これらは、敷引特約により、賃借人負担となることに留意すべきであり、結果

として、通常損耗以外のリフォーム費用を賃借人に負担させることになる)、⑧マンション一戸当たりの復元費用基準表があり、畳表替 1 枚 5 千円、襖張替 1 枚 5 千円など、金額が例示され、通常損耗回復費用の計算の一応の参考となりうること、⑨宅地建物取引業者による重要事項説明が契約締結の 4 週間前に行われていたこと、⑩重要事項説明書の備考欄には保証金解約引の記載があること、⑪保証金の他に礼金等の一時金の支払いがないことである。

第一審は、本件敷引特約は、退去時精算の敷金の性質に加え、通常損耗等について定額の控除額でまかなう性質を有するものとし、通常損耗等の回収は、賃貸借契約の本質から本来賃料の中に含まれ、賃借人に負わせることができないのが原則であるが、本件契約書には、原状回復費用が家賃に含まれない規定がある（通常損耗回収を賃料に含ませない意思が明示されている）ことを重視し、賃料には原状回復費用は含まれず二重取りにはならないとした。また、誓約書及び念書に貸主・借主負担項目が詳細に区分記載され、その費用も明確であり、賃借人もその説明を受けていること、一定額のみが差し引かれることから賃料に含めた請求よりもかえって借主有利となる場合もあること、さらに、他に一時金の支払いもないことから、本件特約は、消費者契約法 10 条に該当せず（主に後段の該当性に重きを置いて判断している）、特約有効と判示した。原審は、第一審の判断をほぼ踏襲し、【1】最判平成 17 年の特約成立要件を引用しながら、敷引金を原状回復費用として充当する通常損耗の内容・範囲については、契約書 19 条 1 項に引用されている誓約書及び念書に添付された別表一覧表の「貸主負担の通常損耗等」に具体的かつ詳細に理解しやすい文言で記載されており疑義の生じる余地はないから、先の【1】最判平成 17 年の事例とは異なり、特約内容が賃貸借契約書に具体的に明記され、明確に合意されていたとして、特約は成立すると判示した。消費者契約法 10 条前段該当性については、民法 601 条及び 616 条による準用規定 594 条 1 項により、賃借人は通常損耗等について原状回復義務を負わないから、本件特約は、

民法の任意規定による場合と比較して賃借人の義務を加重する特約であり、原状回復費用は賃料に含まれないとの契約条項があっても、実際に、通常損耗等の回復費用分を控除して賃料が設定されたと認めることができず、判断は左右されないとして、10条前段に該当すると判示した。10条後段該当性については、不当条項によって消費者の法的保護利益を信義則に反する程度に当事者間の衡平を損なう形で侵害しているかを判断すべきとし、本件特約では、保証金控除金額（敷引金）は、契約書に具体的に明記され、かつ重要事項説明書にも保証金解約引として保証金控除額が記載され説明を受けていたことから、賃借人は、本件特約の存在と内容を十分告知され、明確に認識していたと判示した。また、賃借人は、不動産仲介業者やインターネットを通じて、本件を他の物件の契約条件と比較し、熟慮検討する期間も十分あり、情報収集力や交渉力において格段に劣っていたと言えないし、保証金控除額が、実際に必要な通常損耗の回復費用の額を超える場合もあるものの、不当に高額とはいえないこと、保証金以外に礼金等の返還されない一時金もないことから、保証金控除額が当事者の衡平を著しく失するほど賃借人に不相当な負担を課するものではないと判示した。

最高裁は、居住用建物賃貸借の敷引特約は、（保証金からの控除額を通常損耗等の回復費用にあてる旨の特約が存在する本件に限らず、）一般的に、当事者間に特別な合意等のない限り、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含むものとした上で、通常損耗等は、賃貸借契約の本質上当然に予定されており、賃借人は、特約のない限り、通常損耗等の原状回復義務を負わないから、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含む本件敷引特約は、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものであり、消費者契約法10条前段に該当すると判示した。次に、通常損耗等の補修費用は、賃料に含ませて回収するのが通常だが、敷引金の額が契約書に明示されている場合には、賃借人は、賃料とともに、別途敷引金額の負担も明確に認識した上で

合意しているから、賃料額には、通常損耗等の補修費用が含まれないものとして合意されているとみるべきであり、したがって、敷引特約によって賃借人が上記補修費用を二重に負担するものではなく、しかも、通常損耗等の補修費用に充てるために、敷引金を一定額とすることは、通常損耗等の補修の要否やその費用額をめぐる紛争を防止する観点から不合理なものではないとした。ただし、賃借人は、通常、賃借物件に生ずる通常損耗等の補修費用額について十分な情報を有していない上、交渉による敷引特約の排除も困難であるから、敷引金の額が高額に過ぎるときには、当該賃料が近傍の賃料相場に比して大幅に低額であるなど特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであるが、本件敷引金の額は、賃料金額の 2 倍弱ないし 3.5 倍強であり、通常損耗等の補修費用として通常想定される額を大きく超えるものではなく、賃借人には、賃料 1 か月分の更新料のほかに、礼金等他の一時金の負担もないから、本件敷引金の額は高額に過ぎるものではないとして、本件敷引特約は、消費者契約法 10 条後段の、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものに該当せず、本件特約を有効と判示した。

【3】 最判平成 23 年 7 月 12 日（保証金返還請求事件、裁判集民事 237 号 215 頁、判時 2128 号 33 頁、判タ 1356 号 81 頁）

《事実》

X（原告・被控訴人・被上告人）は、平成 14 年 5 月 23 日、A から京都市所在のマンションの一室を、同日から平成 16 年 5 月 31 日まで、賃料 1 か月 17 万 5000 円の約定で賃借する旨の賃貸借契約を締結した。X と A との間で作成された本件契約書には、次のような条項があった。賃借人は、本件契約締結時に保証金として 100 万円（預託分 40 万円、敷引き分け 60 万円）を賃貸人に預託する。賃借人に賃料その他本件契約に基づく未払債務が生じた場合には、賃

貸人は任意に本件保証金をもって賃借人の債務弁済に充てることができる。その場合、賃借人は遅滞なく保証金の不足額を補填しなければならない。本件契約が終了して賃借人が本件建物の明渡しを完了し、かつ、本件契約に基づく賃借人の賃貸人に対する債務を完済したときは、賃貸人は本件保証金のうち預託分の40万円を賃借人に返還する。

Xは、本件契約の締結に際し、本件保証金100万円をAに差し入れた。Y（被告・控訴人・上告人）は、平成16年4月1日、Aから本件契約における賃貸人の地位を承継し、その後、Yとの間で、本件契約を更新するに当たり、賃料の額を1か月17万円に減額することを合意した。本件契約は平成20年5月31日に終了し、Xは、同年6月2日Yに対し、本件建物を明け渡し、平成20年6月29日、Yに対し本件保証金100万円を同年7月7日までに返還するよう催告した。Yは、同月3日本件保証金から本件敷引金60万円を控除した上、Xが本件契約に基づきYに対して負担すべき原状回復費用等として更に20万8074円（原状回復費用17万5500円、明渡し遅延による損害金2万2666円、消費税9908円の合計）を控除し、その残額である19万1926円をXに返還した。そこで、Xが返還を受けていない80万8074円及び遅延損害金の支払いを訴求した。原審は、本件特約は、公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者であるXの義務を加重したものであり、本件契約の締結に際し、Xが、建物賃貸借に関する具体的な情報（礼金、保証金、更新料等を授受するのが通常かどうか、同種の他の物件と比較して本件契約の諸条件が有利であるか否か）を得た上で、賃貸人が把握していた情報等との差が是正されたかは明らかではなく、また、Xが本件特約について賃貸人と交渉する余地があったのか疑問であり、本件敷引金は、本件保証金の60%、月額賃料の約3.5か月分に相当し、賃料の額や保証金の額に比して高額かつ高率であり、賃借人にとって大きな負担であるから、本件特約は信義則に反してXの利益を一方的に害するものであるとした。また、Xが、本件契約の締

結に当たり、本件特約の法的性質等を具体的かつ明確に認識した上で、これを受け入れたとはいい難いと判示し、64 万 4078 円及び遅延損害金の限度で認容した。そこで、Y が上告受理申し立てを行った。

《判旨》一部破棄自判、一部上告棄却

「本件特約は、本件保証金のうち一定額（いわゆる敷引金）を控除し、これを賃貸借契約終了時に賃貸人が取得する旨のいわゆる敷引特約である。賃貸借契約においては、本件特約のように、賃料のほかに、賃借人が賃貸人に権利金、礼金等様々な一時金を支払う旨の特約がされることが多いが、賃貸人は、通常、賃料のほか種々の名目で授受される金員を含め、これらを総合的に考慮して契約条件を定め、また、賃借人も、賃料のほかに賃借人が支払うべき一時金の額や、その全部ないし一部が建物の明渡し後も返還されない旨の契約条件が契約書に明記されていれば、賃貸借契約の締結に当たって、当該契約によって自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上、複数の賃貸物件の契約条件を比較検討して、自らにとってより有利な物件を選択することができるものと考えられる。」

「そうすると、賃貸人が契約条件の一つとしていわゆる敷引特約を定め、賃借人がこれを明確に認識した上で賃貸借契約の締結に至ったのであれば、それは賃貸人、賃借人双方の経済的合理性を有する行為と評価すべきものであるから、消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるなどの事情があれば格別、そうでない限り、これが信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものということとはできない（最高裁平成 21 年（受）第 1679 号同 23 年 3 月 24 日第一小法廷判決・民集 65 卷 2 号搭載予定参照）。」

「本件契約書には、1 か月の賃料の額のほかに、X が本件保証金 100 万円を契約締結時に支払う義務を負うこと、そのうち本件敷引金 60 万円は本件建物の明渡し後も X に返還されないことが明確に読み取れる条項が置かれていたのであるから、X は、本件契約によっ

て自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上で本件契約の締結に及んだものというべきである。そして、本件契約における賃料は、契約当初は月額 17 万 5000 円、更新後は 17 万円であって、本件敷引金の額はその 3.5 倍程度にとどまっており、高額に過ぎるとはいえ難く、本件敷引金の額が近傍同種の建物に係る賃貸借契約に付された敷引特約における敷引金の相場に比して、大幅に高額であることもうかがわれない。以上の事情を総合考慮すると、本件特約は、信義則に反して X の利益を一方的に害するものということとはできず、消費者契約法 10 条により無効であるということとはできない。」として、X の請求は、4 万 4078 円及び遅延損害金の限度で認められると判示した。

なお、本最高裁判決には、田原睦夫裁判官、寺田逸郎裁判官の補足意見と岡部喜代子裁判官の反対意見がある。田原裁判官の補足意見は、保証金の法的性質が如何であれ、明渡し後敷引金は返還されないことが契約締結時に契約書で明示され、賃借人も明確に認識できるから、法律上特段の問題は生じないのであり、賃貸借契約の締結時や更新時に授受される一時金については、各地域の慣行に著しい差異が存在し、敷引特約の法的性質について、一概に論じること、賃貸人に対して賃借人に具体的内容を明示することを要求するのも困難であるとしている。また、現在は、過去のような住宅不足の時代と異なり、貸主は、入居者確保のため、いくらの賃料、いかなる一時金を設定するかを考える一方、借主も、長期入居か否かをはじめ、一時金と賃料の条件を総合的に検討しているのであって、両者に情報格差が存在するとは言い難く、本件では、更新時に家賃の値下げが行われている以上、交渉力の格差もないとし、さらに、通常損耗費を賃料に含めて回収するか、敷引金等の一時金で回収するかについては、賃貸人の賃貸営業の政策判断の問題であるとしている。寺田裁判官の補足意見は、敷引特約は、他の一時金と同様、賃料の実質を有するものの、賃料ではない形で支払い義務を負

わせるもので、民法の定める貸借の規定から離れた契約条件であるから、特約の実質的意義を賃借人が理解していることが明らかであるなど、特段の事情がない限りは、消費者契約法 10 条前段に該当するのであって、後段の信義則との関係では、相場から見て高額・高率に過ぎるなど内容面での特異な事情がうかがわれるのであれば、契約自由を基礎づける要素にゆがみが生じているおそれの徴表として検討を行うことになるが、そうでない限りは、契約条件としての有効性が疑われることはないとしている。他方、岡部裁判官の反対意見は、敷引金は、通常損耗の修繕費、空室損料、賃料の補充ないし前払、礼金等の性質を有するなど、その性質は個々の契約ごとに異なり、その具体的内容が明示されてはじめて、その内容に応じた検討をする機会が与えられるのであって、消費者たる賃借人がその性質を認識できないまま貸借契約を締結していることは問題であり、賃借人が敷引金の総額を明確に認識していることだけでは足りないとする。つまり、賃借人が敷引金の具体的内容を明示することは、可能であり容易であるから、賃借人の契約締結の自由を実質的に保証するために、情報量等において優位に立つ貸人の信義則上の義務として認め（消費者契約法 3 条 1 項）、本件では、賃借人がその義務を果たしていないとともに、敷引金の額は、賃料の 3.5 倍であり、賃借人の負担は決して軽いものではない以上、消費者契約法 10 条後段に該当するとしている。

本件【3】最判平成 23 年 7 月の事案の詳細は、判決文からは読み取れないが、①賃借人は、契約締結時に保証金 100 万円を預託し、賃借人に賃料その他の未払い債務が生じたときには、保証金でまかなうことができる、②契約が終了、明け渡しが完了し、賃借人が債務を完済したときには、保証金の内、預託金 40 万円を賃借人に返還するとの契約条項が存在していたほか、③契約締結から 2 年後に契約更新した際には交渉によって 5 千円賃料を値下げすることを合意し、さらに一度契約を更新している。また、④契約終了建物

明渡し時に、賃貸人は、保証金から敷引金 60 万円を控除し、さらに、その残額から原状回復費用 17 万 5500 円（債務不履行による特別損害と思われる）を差し引いている。先の【2】最判平成 23 年 3 月の事実とは異なり、保証金からの控除額（敷引金）は、経過年数にかかわらず一律一定額であり、保証金からの控除額を通常損耗等の回復費用にあてる、原状回復費用は、家賃に含まれないものとする旨の規定もなく、敷引金の内容説明もなかったようである。また、先の【2】最判平成 23 年 3 月の契約条項で引用されている誓約書及び念書に添付された「損耗・毀損の事例区分（部位別）一覧表」のように、貸主の負担となる通常損耗及び自然損耗と借主の負担となるものが、項目別に詳細に区分されていたかどうか、通常損耗等の復元費用基準表などが存在していたかどうかは不明である。なお、保証金と更新料の他に礼金等の一時金の支払いがなかったことは先の【2】最判平成 23 年 3 月の事例と同様である。

最高裁は、賃貸借契約において、賃貸人は、賃料のほか種々の名目の金員を考慮して契約条件を定め、他方、賃借人も、賃料以外の一時金の額や、明渡し後も返還されない契約条件が契約書に明記されていれば、自らが負う金銭的な負担を明確に認識した上、複数の賃貸物件の契約条件を比較検討し、より有利な物件を選択するのであり、賃貸人が契約条件として敷引特約を定め、賃借人がこれを明確に認識した上で賃貸借契約を締結したのであれば、敷引特約は、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものということとはできないと判示した。本件契約書には、賃料のほかに、保証金のうち敷引金 60 万円は本件建物の明渡し後も X に返還されないことが明確に読み取れる条項が置かれていたから、X は、自らが負う金銭的負担を明確に認識した上で本件契約の締結に及んだというべきであり、しかも、本件敷引金の額は、賃料の 3.5 倍程度で、近傍の敷引金の相場に比して、大幅に高額ではない以上、本件特約は、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものではなく、消費者契

約法 10 条に該当せず有効と判示した。

最後に、以上の判例の動向を再度概観して検討する。【1】最判平成 17 年は、通常損耗等回復費用の賃借人負担特約の有効性に関して見解が分かれていた下級審の判例を受けて、まず、賃貸住宅で発生する通常損耗等は、賃貸借契約の本質から当然予定されたものであり、本来賃料でまかなわれるものであるから、通常損耗等を回復する場合には、賃貸人がその費用を負担するのが原則であることを確定した。すなわち、最高裁は、賃貸借契約の本質（意義）から、賃貸借の対価関係を、賃借物の継続的な使用収益と、それに対する報酬である賃料の支払に限定し、賃借物の継続的な使用収益には通常損耗等の発生が必然的に伴うことから、通常損耗等を賃貸借契約の本質上当然予定されたものとして位置づけ、通常損耗等による賃借物の劣化・価値の減少は、賃料に含まれる通常減価償却費や修繕費等の必要経費分でまかなわれているものとし、その回復費用は、原則として、賃貸人が負担するものであることを確認したのである。次に、最高裁は、契約自由の原則から、通常損耗等の回復費用を例外的に特約によって賃借人負担とすることも許されるとしつつ、特約の成立が認められる要件は、通常損耗等の回復費用の自己負担とその範囲を賃借人が明確に認識し、明確に合意していることが必要であるとした。これは、先述のように、民法が 601 条において、双務有償の典型契約の一つとして賃貸借契約を設定し、賃貸人の賃借人への使用収益供与（それに必然的に伴う使用収益に必要な修繕を含む）と、賃借人の賃料支払が対価的關係にある（両当事者は、通常、その範囲内で義務を負うことしか合意していないし、かつそれで足りる）ことから、通常損耗等の回復費用を賃借人に負担させる特約は、あくまで原則に対する例外であり、賃借人の予測可能性を害することから、賃借人が通常と異なる義務を負担することを明確に認識したうえで、負担の意思表示が明確に行われていることを必要とするとしたのであろう。最高裁は、その明確な合意の例示とし

て、通常損耗の範囲を契約書の契約条項自体に具体的に記載しているか、またはそれに代わる詳細な説明が行われていることと判示しており、当該事案とガイドラインにかんがみると、契約条項上、通常損耗の範囲が具体的に明確であること、通常損耗の範囲とそれ以外の損耗（特別損耗）が明確に区別されていること、それぞれの項目が賃貸人、賃借人いずれの負担となるかが容易にわかるようになっていないこと、さらに特約締結を検討する十分な期間が設けられていることが必要であると考えてよいであろう。なお、最高裁の判文では、下級審のように、具体的な民法の条文や解釈を指摘しているわけではないが、典型契約の賃貸借契約の意義からそれを導いているので、民法 601 条を念頭に置いていることは間違いないであろう¹²。

次に、下級審において、通常損耗等の回復費用負担特約の消費者契約法 10 条該当性が問題とされた事例として、④大阪高判平成 16 年は、民法 483 条（特定物の原状の引渡し）、400 条（善管注意義務）、616 条準用規定の 594 条（用法遵守義務）を根拠に、特約は消費者契約法 10 条前段に該当すると判断し、さらに、契約条項において自然損耗の原状回復義務を賃借人に負担させる合意と賃料に原状回復費用を含まない合意があっても、その合意に相応する賃料算定がなされていないから、やはり、二重負担の問題が生じ、また、賃貸人は賃借人に特約に関する情報提供を行わず、交渉の余地も与えなかったことから 10 条後段にも該当するとした。続いて、敷引特約について⑤⑥⑦の下級審判決は、民法の賃貸借の規定は、賃貸人が賃借人に使用収益させる対価として賃借人の賃料支払を定めるのみで、民法上賃借人に賃料以外の金銭的負担を負わせる明文がないことを主な理由として、（通常損耗等の回復費用に限らず）賃料以外の金銭負担義務を賃借人に負わせる内容の敷引特約は、任意規定の適用による場合に比し、賃借人の義務を加重するものとして、消費者契約法 10 条前段に該当するとした。さらに、敷引金の法的性質は、通常損耗等の回復

費用をはじめ、契約成立の謝礼、更新料免除の対価などを含む渾然一体としたものと解したうえ、特に、通常損耗等の回復費用については、引き続き二重負担論を展開するとともに、他の法的性質（謝礼・更新料免除の対価、空室賃料、前払い賃料など）についても、当事者の対等性・賃借人の使用収益の不存在などから、各々その合理性を否定して消費者契約法 10 条後段に該当するとし、特約を無効と判断した。敷引特約に関して、消費者契約法 10 条に該当するとして特約を無効としたこれらの判決は、通常損耗等の回復費用についても、もちろん論じているが、特に、敷引金の内容が不明確であること、敷引特約の法的性質を分析してもいずれも不合理であること、敷引金が高額であることを理由としている。また、⑥⑦判決が、敷金は、本来賃借人に帰責事由のある債務不履行の担保であり、賃借人に帰責事由のある債務不履行がなければ、全額返還しなければならない金銭であることに留意し、賃借人に帰責事由のない通常損耗等の回復費用を、敷金から一方的に一定額を差し引くことに疑問を呈していることについては、やはり注目すべきである。

ところが、【2】最判平成 23 年 3 月は、通常損耗等の補修費用は一定額の敷引金でまかなう、原状回復費用は賃料に含まれないと契約条項で規定していた事案において、本件敷引特約は、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含むから、通常損耗等の補修費用賃借人負担の原則からすると、消費者である賃借人の負担を任意規定の場合より重くすることになり、消費者契約法 10 条前段に該当すると判断する一方、敷引金額が契約書に明示されていれば、賃借人は、賃料に加えて敷引金額の負担を明確に認識し、自己の負担については明確に合意しているから、その反面、通常損耗等の補修費用が含まれないものとして賃料の額を合意しているとみるべきであるとして、最高裁は、敷引特約による賃借人の通常損耗等補修費用の二重負担を否定した。

しかし、思うに、これには論理の飛躍がある。確かに、敷引金

の金額と、敷引金を通常損耗等の補修費用に充てる旨が記載された敷引条項が契約書の契約条項に存在すれば、賃借人は、自己が通常損耗等の補修費用を、賃料とは別に敷引金によって負担することは認識できるであろう。しかし、別途敷引金によって通常損耗等の補修費用を負担することは認識できても、通常損耗等の補修費用は、原則賃料の中に含まれているのであるから、賃料から通常損耗等の補修費用が除かれていることが賃貸人によって立証されない限り、依然として二重負担の疑いは消えないであろう。しかも、最高裁が認めているとおり、賃借人は、通常、賃借物件に生ずる通常損耗等の補修費用額について十分な情報を有していない上、賃貸借契約書も賃貸人によって一方的に作成されているから交渉による敷引特約の排除も困難であり、少なくとも、賃貸人から通常損耗等の補修費用の見積額が示され、それに見合う金額が賃料から減額された結果当該賃料が低廉である旨の説明がない限り、二重負担の疑いは残ったままであり、賃借人は例外的な予測外の負担を認識・納得できないはずである。通常損耗等の補修費用は、敷引金でまかない、賃料には原状回復費用を含まないとの契約条項が存在する本件に限って論じるのであれば、まだ理解できないではないが、一般的には、かなり困難な合意の擬制であろう。また、最高裁は、通常損耗等の補修費用を具体的な一定の額とすることは、通常損耗等に関する紛争を防止する観点から不合理ではないとする。確かに、賃料が低廉で二重取りではなく、敷引金も通常損耗等補修費用の実際的な額に見合う金額であれば、問題は生じないはずであるが、契約条項に賃料には原状回復義務の費用を含まないと規定しているのみで、通常損耗等の補修にかかる費用の標準的な額とそれに相当する賃料減額も示されず、しかも、往々にして敷引額が通常損耗等の回復費用の標準的な額を大きく上回っている現状では、二重負担でないと言い切れるかは疑問である。最高裁が、敷引特約には、通常損耗等の回復費用を賃借人に負担させる趣旨を含むとしたことは、敷引の法的性質

を明らかにした点で評価すべきであるが、問題は、敷引される金額が、実際にかかる通常損耗等の回復費用よりもかなり高額に設定されていることなのである。最高裁は、消費者契約法 10 条後段の該当性判断において、賃貸住宅に付された敷引特約は、通常損耗等の補修費用として通常想定される額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであるとしているが、なぜ高額な場合ではなく、高額に過ぎると評価できる場合でなければならないのか、また、敷引特約の正当性の判断において、なぜ礼金その他の一時金の有無・金額をも考慮に入れなければならないのかについて説明がないのみならず、敷引金と当該賃貸住宅における通常損耗等の回復費用の標準額との比較も行うことなく、賃料金額との比較のみで判断しているのは、論理的ではない。しかも、本件は、賃料の 2 倍弱ないし 3.5 倍強にとどまる場合は、高額に過ぎると評価できないとしているが、その基準の根拠について何ら説明が行われていない。最高裁は、敷引特約の法的性質を、通常損耗の補修費賃借人負担を含む趣旨とただけで、下級審が指摘した他の要素について吟味することを避けながらも、敷引額の判断において、礼金その他の一時金を考慮要素に含めているのは、本末転倒である。最高裁は、地域の慣習とされてその法的性質が明らかにされなかった敷引特約について、その法的性質を詳細に分析し、その合理性を正面から判断すべきであった。

なお、本件において、契約条項（19 条 1 項）が、別紙区分一覧表の「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」については、3 条の保証金控除額（敷引金）でまかなうものとし、賃借人は原状回復を要しないと規定しているが、この表現は一般には極めて理解しづらい。つまり、「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」については、賃借人に原状回復を要しないとしながら、結局敷引

金でまかなうのであるから、実際は賃借人が原状回復費用を負担することになるのであり、この契約条項は、きわめて曖昧で、消費者が誤解する可能性が高い表現となっている。また、「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」欄に、通常損耗にはあたらないリフォーム（「畳の裏返し・表替え」、「浴槽・風呂釜等替え」）が、括弧書きで「破損はしていないが、次の入居者確保の為にやるもの」が含まれており、これらは、敷引特約により、賃借人負担となるのであって、結果として、通常損耗以外のリフォーム費用を賃借人に負担させることになる。【1】最判平成 17 年の特約成立要件からすると、特約自体が成立を否定されかねない。しかも、賃貸人が、これらの交換を実際に行わなければ、そのまま賃貸人の一方的利益となる（その可能性が高い）のであるから、信義則に反し消費者の利益を一方的に害するといえ、消費者契約法 10 条の後段に該当するであろう。

さらに、【3】最判平成 23 年 7 月は、賃貸借契約において、賃料のほかに賃借人が支払うべき一時金の額や、その一部が明渡し後も返還されない契約条件が契約書に明記されていれば、賃借人は、これらの契約条件を明確に認識した上、契約を締結するのであるから、敷引特約についても、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎない限り、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものということとはできないと判示した。しかし、【2】最判平成 23 年 3 月の事案では、契約条項で、通常損耗等については敷引金でまかなうと規定されていたのに対して、【3】最判平成 23 年 7 月の契約書には、賃料の定めほかに、保証金のうち敷引金 60 万円は本件建物の明渡し後も X に返還されない条項のみが置かれていたにすぎず、賃借人は、自らが負担する賃料と敷引金の金額を認識してただけで、その敷引金額が何に充当されるかについては、契約条項に記載もなく、全く説明を受けていない。岡部裁判官の反対意見のいうとおり、敷引金の具体的内容が明示されてはじめて、賃借人は、その内容に応じた検討を行うことが

できるのであって、消費者たる賃借人が敷引金の性質を認識できないまま賃貸借契約を締結していること自体が問題である。したがって、【1】最判平成 17 年に照らせば、そもそも本件特約は成立していない可能性もある¹³。

最高裁は、【1】最判平成 17 年の通常損耗等の回復費用賃借人負担特約の場合は、通常損耗等の回復費用の金額が契約時には不確定で予測可能性が低いのに対して、【2】最判平成 23 年 3 月の敷引特約の事案は、敷引金額が契約締結時に明確であるとともに、それが通常損耗等の回復費用にあてられるとされていたから、最高裁は、特約の成立要件については、【1】よりも緩やかに考えているようである¹⁴。また、【3】最判平成 23 年 7 月の事案では、敷引金を通常損耗等の回復費用にあてる旨の契約条項も存在しないにもかかわらず、単に賃借人が負担する敷引金額が明示されているのみで事足りるとしたことは、特約の成立要件をさらにより緩和したことになる。しかし、特約の成立を認めたとしても、敷引特約の有効要件として、消費者契約法 10 条該当性の判断を成立要件とは別個独立して行う必要があるはずである。ところが、最高裁は、本来は特約の成立要件の段階で問題とすべき、賃借人の金銭的負担の明確な認識を、消費者契約法 10 条の後段の判断において問題としている。消費者契約法 10 条該当性の判断は、公序良俗違反の判断と同様、特約内容の有効要件の問題であり、敷引特約内容の合理性、合理的選択可能性等を問題とすべきである¹⁵。特約の合理性を判断するためには、その前提として敷引特約の法的性質を明らかにする必要があるにもかかわらず、最高裁は、先述のようにこの作業を避けたとも考えられるのである。議論の焦点を、賃借人の明確な金銭的負担の認識に合わせ、負担金額の総額が明確に示され、その合意さえなされれば、特約は成立し有効要件も同時に充たすと考えているかのようである。しかし、賃借人が、自己の負担する金額の総額だけを認識できたとしても、その対価に見合う内容（敷引金の法的性質）を把握しなけ

れば、真に認識し納得して合意したことにならないと思われる¹⁶。

また、思うに、賃貸借契約は、賃貸人が賃借人に対し目的物の使用収益をさせる義務を負い、賃借人は賃貸人に対し賃借物の継続的使用収益の対価として賃料支払義務を負う（民法 601 条）ことを意思表示の本質とし、賃貸借は、一定期間継続する契約であることから、賃貸人は、引き渡し後も、目的物を契約で定められた使用収益に適する状態を保持する義務を負うこととなる。したがって、賃借物の通常的使用ができない場合には、賃貸借の効力として、賃貸人は修繕義務を負う（民法 606 条 1 項）のであり、民法 606 条 1 項の修繕義務は、あくまで、使用収益ができない又は使用収益に支障をきたす破損腐朽に限られるであろう。一方、通常損耗は、未だ目的物の使用収益に支障が生じるに至らない程度の損耗にすぎないのであり、本来賃貸人の修繕義務には含まれないから、賃貸人にも回復する義務はない（もちろん、通常損耗が長年にわたり放置され回復されなければ、使用収益に支障をきたす場合も生じうるが、この場合には、賃貸人に修繕義務が発生する）。すなわち、使用収益に支障のない通常損耗等の回復費用は、民法 608 条 1 項の必要費には含まれないと解すべきである（この点、最高裁の考え方は明確ではない）。したがって、未だ使用収益に支障がない段階の通常損耗について、その費用を支出して回復するとすれば、それは賃貸人の義務の履行ではなく、賃貸目的物をよみがえらせ、価値を高めるための新たな資本投下であって、賃貸人所有物の資産価値の維持又は向上に他ならない¹⁷。通常損耗の補修は、通常は、①賃貸目的物を単に契約当時の状態に戻すにすぎない場合（当該賃貸借契約期間中に発生した通常損耗の回復）であろうが、②それ以上に新築当時の状態に蘇らせる場合（当該賃貸借契約以前に発生した通常損耗を含めて回復）、③さらには新築以上のグレードアップを行う場合もありうる¹⁸。敷引特約の名のもとに、①の通常損耗の回復の範囲を超えて、賃貸人所有物の資産価値の向上が行われる可能性があることに注意す

べきである。①の場合にとどまる場合は、まさしく当該賃貸借継続期間中に発生した通常損耗を回復するのみであり、契約締結時以上に賃貸物の客観的価値が増すわけではない。しかし、②③の場合には、当該賃貸借契約締結時よりも賃貸物の価値が増すのであり、当該賃貸借契約期間中に発生した通常損耗の回復を超えて支出する費用である。これは、賃貸借契約継続中に賃借人が支出するものではないから、有益費そのものではないが、賃貸目的物の改良のために支出される費用であるから、有益費（民法 608 条 2 項）に相当するものと考えられる。有益費は、契約終了時にその価格の増加が現存する場合に限り、賃貸人はその費用または増加額を自ら選択して償還義務を負う（民法 608 条 2 項準用規定の 196 条 2 項）。民法 608 条 2 項の有益費は、本来賃貸人が支出しなければならないものではないが、目的物の価値が増すときは不当利得となるから、賃借人は償還しなければならないとされており¹⁹、敷引金が通常損耗等の補修費にのみ充当されたと考えたときに、少なくとも、敷引金が①にかかる標準額（実費）を超えて②③に相当する金額に達する場合には、事業者である賃貸人を不当に利得させるものであるから、当該特約は、明らかに消費者である賃借人の利益を一方的に害し、消費者契約法 10 条後段に該当すると思われる。すなわち、賃借人の入居から退去時までに発生した通常損耗の回復を超える費用（賃借人の入居以前に発生した自然劣化を含む通常損耗等の回復費用やグレードアップ費用）を、賃借人の負担とする通常損耗等補修特約や敷引特約は、少なくとも不当条項として無効と考えるべきである。

三 学説の検討

賃貸住宅の賃貸借契約終了時の賃借人の原状回復義務について、従来学説は、「賃貸借終了による賃借物返還義務は、賃借物を契約当時の原状に復して返還する義務である」²⁰、「民法には、直接の規定がないが、関係の規定から、借主には『原状回復』義務があるとされている（民法 269 条・598 条・616 条）」が、「目的物が貸借開始当時より悪くなっているときでも、契約により定められ、または社会通念上通常の方法により使用収益をしていればそうなるであろう状態ならば、そのままで返還すればよいはずである。」²¹、「賃借人は、賃借物を返還するにさいし、それに附属せしめた物を取去し、原状に復せしめなければならない。もっとも、その物が、自然に、または使用収益の正常の過程において増減したような場合には、返還時の状態で返還するを要し、またそれで足りる。」²²などと主張し²³、その理論的根拠について詳しく述べることなく、建物賃貸借契約において、契約終了に際して、賃借物を社会通念上通常の方法により使用収益をした状態（現状）でそのままで返還すればよいとしていた。また、最近の学説の多くも、これら従来の学説を支持している²⁴。

この点に関して、千葉教授は、賃貸借契約上、賃貸人は、賃借人に目的物の使用収益をさせる義務を負い、契約で定められた使用収益に適する状態を保持する義務があるから、通常の使用収益に支障があるときには、賃貸人は修繕義務を負うこと（606 条 1 項）、また、賃借人の修繕義務の履行請求は、目的物を使用収益させるよう賃貸人に要求することができる債権から発生してくる請求権であることを根拠として、賃借人は、天災その他の不可抗力によって生じた場合はもちろん、賃貸人の帰責事由の有無にかかわらず、賃貸人に対して修繕義務の履行を求めることができる²⁵とし、結局、賃借人は物件の使用収益の対価として賃料支払義務を負担するから、通常損耗分の回収は、

実質賃料の構成要素の一部である減価償却費・修繕費などの必要経費に含まれていると考えるのが合理的であり、賃借人が通常の用法に従って使用収益している限り、原則として賃貸物件自体を返還時のまま返還すれば足り、通常損耗分は原状回復義務の範囲に含まれない²⁶という従来の学説の見解は、賃貸人の使用収益させる義務と賃借人の賃料支払義務との関係から導かれる当然の帰結であるとしている²⁷。ただし、学説は、通常損耗等の回復費用については、原則賃貸人負担としても、契約自由の原則から、特約によってこれを賃借人負担とすることは、一定の要件のもとで可能としている（ただし、それ以外は無効）²⁸。すなわち、生熊教授は、通常損耗等の回復費用は、通常実質賃料構成要素の一部である必要経費に含まれていると考えるのが合理的かつ社会通念であるとの見解を前提にして、「賃借人にとっては、賃貸借終了時にいくら位の金額が通常損耗分として請求されるかが分からないという点は、予め賃料に通常損耗分が含まれる場合との大きな違い」であり、「通常損耗分といっても、賃借人には額がなかなか予測しえず、かつ思いの外高額になることがしばしばである」「いわゆる通常損耗分を賃借人に負担させる特約は、予測可能性・透明性を欠く不合理なものといわざるをえない」とし、「少なくとも賃貸借契約書本文の中にかかる特約が存在しかつ通常損耗分の内訳が金額とともに予め明示され、かつそのことが賃貸人側から賃借人に明確に告げられない限り、無効と解すべきではないかと考える」との見解（ただし、特約の有効性の段階で無効と考えているようである）²⁹を早くから主張していた。また、千葉教授も、新たな入居者との関係で、リフォームをすることは、古くなった賃貸物件を蘇らせ、入居率を向上させるための費用投下であって、「リフォームの必要性があることから、直ちに賃貸人の利益のための費用の負担を当然に賃借人に転嫁することを正当化できるわけではない」とし、特約が公序良俗違反となるかの決定的

な基準は、「通常損耗分の補修費を賃借人の負担とすることが、賃借人に不当に不利益な負担を課したことにならないかどうか、また、賃貸借契約締結時（ないしは更新時）に賃借人に予測可能な負担であったかどうか」を検討すべきであるとする見解を主張していた³⁰。さらに、特約が成立したとしても、特別の負担を賃借人に負わせる合理性があるかどうか、賃料と補修費の均衡がとれているかどうかの観点から特約の効力が検討されなければならないとしたうえで、①修繕・補修の対象とその原因（通常損耗部分かそれ以外か、契約当事者に帰責原因があるかどうか）、②修繕・補修の程度と賃料額との関係、③修繕・管理・補修の費用と賃貸借期間との関係、④賃貸物件の特性（公庫法や特優賃貸法が適用になる物件か）、⑤契約当事者の特性（消費者契約か）を判断基準として、特約の効力を判断すべきとしている³¹。この見解は、消費者契約法 10 条についても、10 条前段に関しては、通常損耗回復費用の賃借人負担特約は、民法 601 条 1 項による場合と比較して賃借人の義務を加重する条項であることは明らかであるが、10 条後段の信義則上、賃貸人・賃借人間の権利義務関係に不均衡が存在する程度に、賃借人＝消費者の利益を一方的に害する条項といえるかどうかについても、先の基準が参考になるとしていた。

【1】最判平成 17 年以降、学説の争点は、下級審判決の集積とともに、主に消費者契約法 10 条該当性の判断に移行し³²、敷引特約に関する【2】最判平成 23 年 3 月、【3】最判平成 23 年 7 月以降、議論が活発化している。まず、最高裁は、特約成立段階のチェックを厳格にすることを前提として、賃料・敷引金等の負担が全体として適正かどうかの判断を、基本的には当事者の私的自治的決定（賃借人のチェックと判断）に委ねる立場を選択したと肯定的に解する山本豊教授の見解がある³³。この見解は、敷引条項は、同じく付随条項ではあっても、アブノーマルな事態の展開（債務不履行・中途解約等）に備える典型的な付随条項である違

約金条項や免責条項などとは異なり、ノーマルな事態の展開に備えた条項であるから、深い法的知識を有しない消費者といえども、条項内容の認識が確保されるならば、賃料とは別に敷引金として通常損耗等補修費用の負担を課せられる契約であるという程度のことは、認識・覚悟して契約締結の得失を判断することが十分に期待できるとしている³⁴。また、敷引金は、賃料そのものでもないから対価条項自体ではないが、賃料の一部を構成する通常損耗等補修費用を独立算定する趣旨を含む条項であることから、対価条項と密接な関連を有する中間条項であると位置づけ、【2】最判平成 23 年 3 月も、中心条項に対する規制とも典型的付随条項に対する規制とも異なる中間的なものとなっているとして判決を評価している³⁵。しかし、これに対して、この見解を踏まえながらも、本来賃料に含まれるはずの通常損耗費を外出しにすること自体に問題があること、二重取りがないとしているが賃料の低廉であることの検証がないことから、単に特約が記載されているだけでは、10 条にいう情報・交渉力の格差が是正されていないとした上で、通常損耗等の補修費用は敷引金でまかない、賃借人は原状回復を要しない旨の定めがある【2】最判平成 23 年 3 月の事案と比べて、【3】最判平成 23 年 7 月の事案は、敷引金の意味内容は特に不明であり、かつ経済的合理性も十分に説明されていない等の問題を指摘し、賃料とは別に敷引金として一定金額を徴収するあり方自体が、情報・交渉力の格差を生じさせ、単なる対価規制の問題以上の問題を生じさせているとする見解³⁶がある。また、敷引金の性質の具体的内容が契約書に何ら明示されていない場合には、賃借人は、金銭的負担を負うことと返還されない金額を認識できたとしても、何の対価かを認識できない以上、そもそも特約の成立自体に問題がある、また、たとえ特約が成立したとしても、内容の不明確さゆえに合理的選択の可能性は低く、高額に過ぎるとの例外を設ける根拠も明確ではないとする見解³⁷、敷金・礼金・保証金・更新料・管理費など賃料以外の金銭の支払い

が契約書に定められていても、当該契約の何に対する対価か、実質的な支出総額がいくら消費者に分かりにくくなっており、他の賃貸物件との適切な比較検討を困難にしている問題を解消するものではないとの見解³⁸、【1】最判平成17年と、【2】最判平成23年3月、【3】最判平成23年7月の判決とは、一時金についての合意の成立についてその内容や範囲についての考え方の乖離が生じており、敷金や更新料の持つ意味・内容が曖昧なままであれば、その合意は本当の意味で合意と言えるか疑問であり、金額が特定していても賃料が二重に計上されているかどうかは賃借人には不明な情報であるから両者の情報格差はいぜんとして解消されていない等の問題を指摘し、最高裁は通常損耗費用の特約成立自体の問題と情報・交渉力の格差の問題の判断を回避しているとする見解³⁹がある。さらに、【2】【3】の判決が、10条前段を無効判断の対象となる条項が何かを画定する要件にとどめ、10条後段を無効判断の決め手にしていることは、消費者契約法が民商法上の強行法規以外に新たな無効要件を定めた趣旨、及び10条が不当条項リストの8条、9条の一般条項であることからすると整合性が乏しく、むしろ、特約条項が10条前段の任意規範から乖離していれば、消費者の権利を制限し義務を加重したことになるから、10条後段の解釈においても、特約がない場合と比較して、消費者の利益を害することを客観的に肯定でき、その程度が大きい場合には、消費者の利益を一方的に害するといえるとの見解がある⁴⁰。千葉教授は、最高裁の解釈態度は、敷引特約の趣旨・性質、敷引金授受の目的、一時金である敷引金取得の根拠を明らかにせず、賃貸人の敷金返還義務の（一部）免除を定める敷引特約条項の効力を、敷引金の大小、賃料と比べて高額かどうかで判断するものであって、暴利行為を規律する民法90条の要件のうち、契約当事者の主観的事情を考慮しない点にしか消費者契約の不当条項規制の一般条項として規定された10条の意義はなくなり疑問であるとしている。このほか、最高裁は、10条前段

該当性に関しては比較的緩やかに肯定しながら、後段該当性については、暴利行為論を緩和した枠組みで額の過大性を問題にする解釈を行っているが、一時金支払い方式は、給付と金銭的負担の関係の透明性を低減させ、消費者が十分な合理的選択を行えないとしたうえで、そもそも、敷引特約には通常損耗等補修費用の負担を賃借人に転嫁する趣旨があると認定した以上は、不利益に均衡する賃貸人の合理的目的や消費者にも利益となる要素がある場合に限り、特約を有効とすべきであり、最高裁の結論は、果たして 10 条の規制趣旨と合致するのか疑問が残るとの見解⁴¹、預かり金である敷金は返還されるべきであり、返還しない場合に、当然に取得可能なものと読み替えるのは、あまりに合意が一方的であること、明確性は、名目額・水準のみをいうものではなく、契約上一義的に賃料等の額と根拠がわかることであり、問題は、補修費用の転嫁や算定方法、礼金そのものが消費者に不利な構造になっていることであり、消費者契約法はこうした不利益に対処するはずのものであることから、【1】【2】の明確性は疑問であるとの見解⁴²がある。最後に、潮見教授は、敷金の意義と借地借家法を考慮に入れて、「通常損耗は賃貸人が負担するというのが民法の基本的考え方であるところ、賃貸人に対し賃借人が『債務』として負担することのない通常損耗について敷金が担保することとは、敷金の性質としてありえない。」とし、最判平成 17 年の準則の下での、通常損耗は、(賃料に反映させない限りは)賃貸人が負担すべきである(賃料以外の方法で賃借人に転嫁してはならない)という規範が、「契約正義を体现する規範であるならば、賃料とは別に通常損耗補てん義務を賃借人に負担させる特約それ自体が、消費者契約においては不当と評価されるべきものである」、「借家人保護の社会法的要請と、交渉力格差に由来する消費者保護の要請とが二重にかかってくる消費者が賃借人となる居住目的の建物賃貸借で、上記規範の支配を否定することとなる本判決の論理には、著者としては違和感をおぼえる」としている⁴³。

以上から、学説は、【1】最判平成 17 年に対しては、肯定的であったものの、【2】最判平成 23 年 3 月、【3】最判平成 23 年 7 月に対しては、多くが批判的である。学説は、最高裁が、賃貸借契約の本質を根拠として、通常損耗等の回復費用は、原則賃貸人が負担すべきとし、かつ賃料から回収されるものであると判示するとともに、例外的に特約による賃借人負担も許されとしつつ、その特約成立要件を厳格に設定したことを、消費者契約法 3 条の事業者の努力義務を先取りしたものとして高く評価していた⁴⁴。しかし、【1】に関する評釈の時点ですでに指摘されていたように⁴⁵、

【1】判決における厳格な特約の成立要件を契約条項等の創意工夫によって充たせば、すなわち、賃貸人による具体的かつ詳細で明確な契約条項の作成や説明によって、賃借人の明確な認識の上の合意が認められれば、もはや、特約内容の限定的解釈は不可能であるとともに⁴⁶、特約の有効要件についても、比較的緩やかに解釈される可能性があった⁴⁷。

最高裁は、【2】最判平成 23 年 3 月において、敷引金には、少なくとも通常損耗等の回復費用が含まれるとして、敷引金の法的性質の一部を確認し、【1】最判平成 17 年の賃貸借契約の本質を踏まえて、敷引特約の 10 条前段該当性を認めながらも、後段該当性については、敷引特約による賃借人の通常損耗等補修費用の二重負担を否定し、一定額の敷引額は、紛争防止の観点から不合理ではなく、敷引金額が極めて高額でない限り、10 条後段には該当しないと判示した。さらに、最高裁は、【3】最判平成 23 年 7 月において、敷引金を通常損耗等の回復費用に充当する旨の特約のない事例まで、特約の有効性を認め、その射程を広げたことから⁴⁸、多くの学説は、批判を展開している。特約を否定する説（消費者契約法 10 条該当説）の理由をまとめると、（1）敷引金については、契約条項に金額は明示されていても、その法的性質は何ら明らかにされてないから、賃借人は何に対する対価か不明なまま、その合理性を判断することなく契約を締結しているにすぎな

いのであり、本当の合意といえるか、及び経済的合理性についても疑問であること⁴⁹、(2) 二重負担論の否定については、金額が明確でも二重計上の有無については賃借人には不明である以上、両者の情報格差は解消されていないし、また、あくまで意思の推定にすぎず、十分に検証されていないし、実際賃料が減額されるのは困難であること⁵⁰、(3) 賃料とは別に敷引金として（外出しして）一定金額を徴収するあり方自体が、消費者契約法においては不当と評価されるべきである（通常損耗等の回復費用は、賃貸人が負担すべきであるとの原則に反する、また、当事者間の情報・交渉力の格差を生じさせている）⁵¹、(4) 退去する賃借人への給付や任意規範の義務と無関係な経営上の経費である通常損耗等の回復費用を賃借人に負担させること自体の不当性を問題とすべきである⁵²、(5) 敷引特約によって、賃貸人は、自ら負担すべき通常損耗等補修費用の負担を免れるとともに、賃貸人が返還すべき敷金の一部の返還も免れるのであって、消費者契約法 8 条、9 条の趣旨及び 10 条が不当条項規制の一般条項であることから、賃貸人の敷金返還義務の免除を定める敷引特約の効力を敷引金の大小で判断する解釈態度は、10 条の解釈とは相容れないし、10 条が、不当条項の一般条項として暴利行為を規律する民法 90 条とは別に規定された意義が失われる⁵³、(6) 一定額の敷金からの差し引きが紛争防止に役立つというが、そもそも前提である通常損耗等の回復費用の賃借人負担を問題とすべきであり、定額化が問題の本質ではない⁵⁴、(7) 敷金は、その一般的意味からすれば、賃貸人に対して賃借人が「債務」として負担することのない通常損耗等を担保することは、性質上ありえない⁵⁵、(8) 敷引は、債務不履行等がなければ返還されるべき敷金と関連づけられていながら、種々の性質をもたされて返還されないことが問題であり、不正確な用語が不公正な取引を誘引している⁵⁶ などである。これに対して、特約を肯定する説（消費者契約法 10 条非該当説）は、(1) 通常損耗等補修費負担特約の場合は、賃借人が退去時に負担する

金額が契約時に必ずしも明らかでなく、予期しない負担を負うおそれがあるのに対して、敷引特約の場合は、契約締結時に、賃借人が負担すべき金額（敷引金額）が契約書で明らかになっているから、賃借人がこれを認識して合意した以上、予期しない負担を負うのではないから責任は免れない⁵⁷、(2) 賃借人は、より高額の賃料の一部としてあらかじめ支払うべき金額を、敷金からの控除という仕方で事後的に支払うだけで、二重払いではなく不当ではない⁵⁸、(3) 中間条項であっても対価条項と密接に関連する契約条項であれば、対価条項の解釈に準じて、私的自治を尊重し当事者の意思に委ねればよい⁵⁹、(4) 賃貸借契約においては、賃料と並んで更新料や礼金などの金額も対価性を持つことを否定できない以上、当事者の自由意思や市場システムによって決定される事項であり、一時金については、消費者契約法の対象外になる⁶⁰、(5) 賃貸物件につき適正賃料なるものを観念し、実際の賃料が当該適正賃料から敷引分だけ安くなっているかを個別的に裁判所がチェックすることは一般的には困難で、当事者が合意した賃料が低額かを検証することは無意味である⁶¹などを理由としている⁶²。

四 考察

1. 問題の背景

賃貸住宅の通常損耗等回復費用の賃借人負担特約に関する紛争は、判例によると、以前は、契約条項に通常損耗等の賃借人負担の記載自体がそもそも存在しない、契約条項に賃借人負担の記載はあるが内容が不明確である、契約時に賃貸人から明確な説明を受けなかった、一応の説明を受けたが簡易な説明にすぎなかった等により、契約時に、賃借人は、その負担を意識せず賃貸借契約を締結し、契約終了建物明渡し時になって、賃貸人から予想外の

金額を請求され(敷金から高額な金額が差し引かれる、追加請求がなされるなど)争いになるケースが多く、その原因は、賃貸人、賃借人両者の原状回復費用についての理解不足が第一であり⁶³、具体的には、誤解を招く曖昧な契約条項、契約条項と負担区分表の矛盾、通常損耗とそれ以外の損耗(賃借人に帰責事由のある特別損耗を含む)が具体的に列挙されているものの両者が混在していて賃借人負担分を明確に区別できない、負担区分表にある専門的細目と複雑な算出方法、契約直前になって多くの特約に関する説明を受けるため賃借人がすべてを理解できない、または、特約を詳細に検討する余裕がないなど、これらの状況が、一般的賃借人の理解の混乱と困難を招いていた。また、賃借人には、保証金・敷金は、万が一の賃借人の債務不履行、すなわち賃借人の帰責事由によって生じた損害の賠償を担保するために賃貸人に差し入れたものであるとの意識が強く、たとえ契約当初、契約条項に通常損耗等の回復費用の賃借人負担条項があっても、退去時に賃貸人から請求されてはじめて、賃借人側に、自己に帰責事由のない通常損耗等を負担させられることに対する疑念が生じて紛争となる場合が多かったようである。特に、賃借物を丁寧に使用収益している勤勉な賃借人にとっては、敷金返還の期待と賃貸人からの実際の返還額とのギャップが大きく、勤勉な清掃・維持管理を行っていたため返還されると信じていた敷金が全く返還されない、返還があっても返還額が少額であることに対する不満が生じていた⁶⁴。

この紛争の背景には、賃料の値上げをしたくてもできない賃貸人が、自己の利益確保のために、通常損耗等の回復費用名目で、必要最低限以上の査定・補修を行う、実際要した費用に比べて高額な費用を水増し請求することに加えて、すでに賃貸人の手元にあって回収容易な敷金からの差引を巧妙に活用していたように思われる。すなわち、賃貸人は、原状回復義務の範囲をあえて複雑なものとし、また、負担金額についても、賃貸人側は、退去時の

敷金返還額（敷金から通常損耗と特別損耗等の補修費用を差し引いた額）は、退去時に業者によって査定しなければ実際の請求額はわからないとしてその金額を曖昧にしていたようである。この状況は、賃貸人が一方的に責められるべきものではない。本来ならば、賃貸人は、賃料にこれらの償却費用を含めて賃料を設定すれば済むはずだが、自己の物件のみ一時金を取り除いて賃料に一本化しても、他の物件は、地域の慣習に従い一時金を据え置いたままであるから、賃料に一本化された物件は、賃料が一番の関心事である賃借人には、高額な賃料の賃貸物件とみえるのであって、市場競争力の低下につながるため、賃貸人は、賃料への一本化に二の足を踏んだのである。さらに、最近では、賃貸物件に余剰が生じるとともに、賃借人の清潔志向が強まったため、新規入居の賃借人獲得のために、リフォームの必要性が高まり、賃貸人は、賃料を安価に抑えて、賃料とは別に通常損耗等の回復費用とリフォーム費用を回収せざるを得ない状況が生じてきた。他方、賃借人側も、契約締結時に自ら退去時負担額を算出予測することは不可能であり、また、通常損耗の回復費用を含む退去時補修費は、退去時まで請求されない金額であったため、契約締結に際しての賃貸借物件決定判断要素から退去時費用を除外してしまう（判断を先送りする）など、賃借人は、賃料については関心が高いが、通常損耗等の回復費用や特別修繕費に対しては、特に注意を払わなかった項目であったといえよう⁶⁵。

2. 問題に対する行政・司法の対応

こうして紛争が増加していく中、行政側の紛争解決手段としては、国及び地方公共団体の行政指導によって、賃貸住宅の原状回復に関するガイドラインが提示され⁶⁶、標準契約書及び重要事項説明書、その添付書類等の中で、通常損耗等の回復費用は、特約がない限り賃借人が負担する必要のないものとして明示されている。また、ガイドラインは、賃貸業者が、通常損耗等の回復費用

の賃借人負担を特約で課するときには、負担区分表等によって通常損耗の範囲も特別損耗の範囲と区別して明示し、加えて標準額基準表も添付するなど、その内容を明確なものにしなければならないと指導し、回復費用の算出も素人が行えるよう支援した。また、ガイドラインは、損耗の回復も必要最低限の範囲に限られるとし、損耗回復の名目によるリフォームを極力抑える基準を設けたのである。こうした行政指導は、強制力はないものの、賃貸人の悪質な水増し請求の排除と、適正な退去時査定との促進とともに、賃借人の、通常損耗等回復費用負担の認識と具体的負担額の予測可能性の向上にも一定程度は貢献したと思われる⁶⁷。

また、司法的救済としては、下級審が、先述のとおり、その見解は分かていながらも、通常損耗等賃借人負担特約の成立自体を否定する判決、特約の内容を制限的に解釈して通常損耗の賃借人負担を否定する判決、公序良俗違反として特約内容を無効とする判決など、先述のように、多くの特約否定の判決を下した。さらに、【1】最判平成 17 年は、まず、賃貸借契約の本質から通常損耗等回復費用の賃借人負担の原則を確定し、次に、契約自由の原則から通常損耗等回復費用の賃借人負担の特約が許されるとしても、賃借人の負担はあくまで例外であり、賃借人の予測を超えるものであるから、特約成立の要件としては、賃貸人がその通常損耗等の回復費用の負担範囲と負担額を明確にし、賃借人が納得して了承した場合でなければ特約成立を認めない、すなわち、これまでの通常損耗等の回復費用負担特約の内容の不透明・不明確性を是正し、負担範囲（金額も含む）の具体的予測可能性を確保しなければ特約の合意成立を認めない趣旨であった。このように特約の成立要件に焦点をあてて厳格に合意成立の要件を絞ったことは、一見すると賃貸人にさらなる義務を加重したようであるが、反面、賃貸人が契約書等を整備して、この要件を形式的にクリアすれば（特に、例示の前半部分である契約条項への記載）、賃借人が真に自己の負担を理解していなくても、賃借人が自己の負担

を明確に認識して合意したと認められる可能性が高くなり、最高裁は、ある意味で通常損耗等の賃借人負担特約にお墨付きを与えたともいえる。実際、【1】最判平成17年以降、実務は、最高裁の厳格な特約成立要件をクリアするために、特約内容をどのように規定し契約書等に取り込むかに関心が注がれた。

その結果、【2】最判平成23年3月の事案では、敷引特約の事件であったが、通常損耗等の回復費用負担額を（下級審ですでに指摘されていた）一定額とするのではなく、経過年数に応じた金額としている（敷引金逋増型⁶⁸）ほか、契約条項において、通常損耗等は保証金控除額でまかない賃借人は原状回復を要せず、原状回復費用は家賃に含まれないと規定し、通常損耗等の範囲についても、契約条項から引用される別添誓約書・念書に添付の一覧表で具体的かつ理解容易な形式で示され、かつ負担額が予想できる費用基準表も添えられ、重要事項説明書にも敷引の記載が存在するとともに、重要事項説明後の検討期間も十分に設けられたのであろう。すなわち、賃貸人側は、ガイドライン及び【1】最判平成17年の基準にしたがって契約書の作成及び契約締結を行ったように思われる。確かに、判例集に掲載の「損耗・毀損の事例区分（部位別）一覧表」⁶⁹は、ガイドラインの項目とほぼ同様で一般人にもわかりやすく、したがって、最高裁も当該特約について、特約の成立を認めたのも理解できないわけではない。しかし、賃借人が契約条項に注意を払わず、一覧表を見ただけであると、「貸主の負担となる通常損耗及び自然損耗」は、文字通り賃貸人が負担するものと誤解しかねないとともに、先述のように、契約条項（19条1項）が、「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」については、3条の保証金控除額でまかなうものとし、原状回復を要しないと規定されているこの表現は一般には極めて理解しづらい。つまり、「貸主の負担となる通常損耗及自然損耗」については、賃借人に原状回復を要しないとしながら、結局敷引金でまかなうのであるから、実際は賃借人が負担することになり、賃借

人にとって原状回復費用を要するのである。この契約条項は、きわめて曖昧で、消費者が誤解する可能性が高い表現となっている。したがって、これが契約条項 19 条によって、賃借人が預けた保証金から無条件に差し引かれることを、賃借人が、実際果たして明確に認識したうえで合意していたのかは、はなはだ疑問である。また、特に、賃貸人の負担項目に記載されている、「1. 畳の裏返し、表替え（特に破壊していないが、次の入居者確保の為の行為）」、「3. 浴槽、風呂釜等替え（破損はしていないが、次の入居者確保の為に行うもの）」については、国土交通省・東京都のガイドラインと同様、括弧内に記載があるとおり、“次の入居者確保のための行為”、すなわち、通常損耗の回復とは異なる、退去後の入居者確保の為のリフォームかつ資本投下であり、かつ高額になる可能性が高いから、特約が存在するからといって直ちにこれを賃借人に当然負担させるべきものではない⁷⁰。しかも、この 2 点については、実際にこれらの物品を取り換えなければ、そのまま賃貸人の利益となるのである（実際、賃借人が毎回代わるとに新品に取り換えるとは、到底考えられない）。賃貸人が、契約条項と重要事項説明書の備考欄に一文を載せるだけで、高額な利益を得ることができるのを果たして認めるべきであろうか（敷引金には、他にも問題があるが後述する）。これを特約の成立段階の判断で考慮されなくても、次の消費者契約法 10 条該当性の判断では、当然に判断要素として考えるべきであろう。

さらに、【3】最判平成 23 年 7 月が、通常損耗等の回復費用を敷引金でまかなう旨の契約条項と賃料には原状回復義務が含まれない旨の契約条項が存在しなかった事例についても、賃借人が敷引条項によって賃料のほかに負担すべき金銭的負担を明確に認識した以上は、敷引金が高額に過ぎるなどの事情がない限り、敷引条項は、消費者契約法 10 条に該当せず有効であると判決したことから、最高裁は、敷引特約の有効性の射程を拡大したとされているが、そもそも特約の成立について疑問がある上に、田原裁判

官の補足意見が、賃貸人と賃借人との間に情報・交渉力の格差はないとしている点、判決が敷引金が担保している賃借人の債務の内容を明らかにすることなく判断していることなど、多々問題が存在しているのであり、果たして、最高裁の判例が、今後の下級審の先例となり得るかについては、疑問を持たざるを得ない。

3. 私見

（1）敷引特約の性質

敷金は、学説によれば、通常、建物の賃貸借契約に際して、賃借人から賃貸人に交付され、賃貸借の期間が満了して賃貸借契約が終了するときに、延滞賃料債務や損害賠償額を控除して残額が賃借人に返還されるものであり⁷¹、その目的は、支払の滞っている賃料債務や建物に関する損害賠償債務（いわゆる賃借人の債務不履行によって発生する債務）を担保することにあるとされている⁷²。すなわち、敷金は、未払いの賃料債務やその他賃借人の債務不履行及び不法行為に基づく損害賠償債務の担保であるとして、賃借人に帰責事由または故意・過失がある場合を念頭に置いているようである。したがって、賃借人に帰責事由のない通常損耗等の回復費用については、たとえ賃借人負担特約の成立と有効性が認められても、敷金から控除することは認められないのではないかの疑問が生じる。先述のように、潮見教授は、通常、債務不履行等の担保である敷金の性質を重視し、賃借人が賃貸人に対し「債務」として負担することのない通常損耗について敷金が担保するということは敷金の性質上ありえないとされているのであろう。しかも、後述のように、敷引の場合には、賃借人に帰責事由のない通常損耗等の回復費用の実費をはるかに超える負担を課すものであるから、一層敷金から差し引くことは許されないこととなるであろう。他方、最高裁は、「家屋賃貸借における敷金は、賃貸借存続中の賃料債権のみならず、賃貸借終了後家屋明渡義務履行までに生ずる賃料相当損害金の債権その他賃貸借契約に

より賃貸人が賃借人に対して取得することのあるべき一切の債権を担保し、賃貸借終了後、家屋明渡がなされた時において、それまでに生じた右の一切の被担保債権を控除しなお残額があることを条件として、その残額につき敷金請求権が発生する」(傍点筆者)⁷³としており、建物賃貸借に関して(賃借人の帰責事由、故意・過失にかかわらず)発生する一切の債務の担保と解釈できるのであり、特約の成立が認められ、その有効要件も充足すれば、たとえ賃借人に帰責事由のない通常損耗等の回復費用であっても、通常損耗等回復費用の賃借人負担特約の効果として、通常損耗等回復費用は賃借人の一切の債務に含まれることとなり、敷金からの控除は理論的には認められることとなる。

また、敷引特約とは、賃貸借終了明渡時に、敷金のうち一定額または一定割合(これらを敷引金という)を控除し、この金銭を賃貸人が取得する旨の特約である⁷⁴。生熊教授によれば、敷引金には、通常損耗(自然損耗や自然汚損の箇所)の原状回復のための費用の財源としての要素と、賃貸人に対する礼金としての要素があり、前者が第一の要素であり、敷引金から前者の要素を控除した額が後者(礼金)であり、後者は、従たる要素としている⁷⁵。また、後者の礼金は、賃借権設定の対価であり、賃貸借の期間に係らず一定額であるため、賃料の一部の前払いとしてみることは困難であるとしている⁷⁶。また、敷金から敷引金を控除した額は、狭義の敷金部分であり、滞納賃料や債務不履行による賃借物損傷の場合の損害賠償債務や契約終了から明渡時までの賃料相当額の損害賠償債務などの担保であり、賃借人の債務不履行による損害賠償が狭義の敷金でまかなえない場合でも、敷引金からは差し引けないとされている⁷⁷。また、最高裁は、阪神淡路大震災直後に賃借物が崩壊した場合に、敷引金は個々の契約ごとに様々な性質を有するものであるが、天災等の不可抗力で賃借物が使用できなくなった場合には、いわゆる礼金として合意された場合のように当事者間に明確な合意が存する場合は別として、このような場合

まで敷引金を返還しないという合意は成立していない⁷⁸として、敷引金と礼金とを一応区別して、賃貸人の敷引金の取得を認めなかったのである。最高裁は、この平成10年判決で、敷引金は個々の契約ごとに性質決定せざるを得ないとしながら、【2】最判平成23年3月においては、居住用建物の賃貸借における敷引特約には、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含むとし、賃貸住宅の敷引特約の性質決定を行ったが、それ以外の要素を含むのか含まないのかは不明なままである（やはり、個々の敷引特約によって異なると考えているのかもしれない）。

思うに、敷引金も敷金の一部である以上、賃借人の何らかの債務を担保するものでなければならない（担保しなければ、敷金の一部とはいえないはずである）が、敷引特約は、敷金から敷引金を控除した上で、その残額から賃借人の滞納賃料や損害金等の債務不履行による損害賠償額を差し引き、残額を返還する特約であるから、敷引部分は、賃料滞納など賃借人の（帰責事由や故意・過失のある）債務不履行等による損害賠償の担保ではなく、それ以外の債務の担保ということになる。また、敷引金は、債務不履行による債務以外のいかなる債務を予定し敷引金によって担保しているか、その債務が実際に発生したかどうか、にかかわらず（実際要した費用も提示せず）、一定額（仮定された債務の総額）を無条件で差し引き、これを返還しないものである。すなわち、債務の担保である敷金の一部でありながら、何の債務の担保か不明なまま賃借人に一定額の金銭的負担を強いる一方、賃貸人にとっては、容易に収益源としての機能を有するものである。敷引特約は、「敷引」という表現が、敷金から差し引くという消極的な意味を表しているにすぎず、実質的に機能を有する積極的な意味を表す表現ではないことから、これまでその法的性質が不明確にされたまま不動産実務でなお利用されてきたが、最高裁が、敷引金には、通常損耗等の補修費用を含むと敷引特約の性質決定を行ったことは、消費者契約10条の判断の前提として重要な意義を有す

る。通常損耗等の補修費用は、賃借人に帰責事由のない特約による債務であり、賃貸借期間中に賃借物の使用収益に伴って確実に発生するから、二重負担でない限り（私見では、家賃が低廉である限り）、将来確実に発生する債務として、契約時に予め特約によって賃借人に一定額を負担してもらうこと明らかにし、これを敷引金によって担保させることは、その是非はともかく、担保としての敷金の性質にはなじみやすいかもしれない。しかし、敷引特約に、通常損耗等の回復費用を賃借人に負担する趣旨以外の部分が含まれているとするならば、敷引金は、将来賃借人が賃貸人に負担するかもしれない賃借人に帰責事由のない債務の担保としかいえないのではないか。また、敷引金は、賃借人の負担金額が明確で一定額であり、紛争予防に資するとされているから、天災等の不可抗力以外の、賃借人の帰責事由によらない紛争に備えた準備金ということになるのであろうか。また、通常損耗等の回復費用以外に、担保される債務が存在しない（説明できない）のであれば、担保の付従性（成立の付従性であろうか）によって、敷引金から通常損耗等の回復費用を除いた部分については、担保としての敷金の存在意義を失い⁷⁹、賃貸人の不当利得となって、賃借人に不当利得返還請求権（実際は、敷金返還請求権）が発生するとも考えられる。または、生熊教授のご指摘のとおり、賃借権設定の対価としての礼金（礼金の法的性質についても種々議論がある）として賃貸人が取得するものであるのか。これらは、今後の研究課題である。ただし、敷引特約が成立するためには、少なくとも、敷引金が担保すべき債権を発生させる具体的契約条項（敷引特約とは別のまたは敷引条項に付随した契約条項）が、やはり必要とせざるをえないのではないかと思われる。

（２）敷引特約の成立

通常損耗等の回復費用負担特約の成立要件について、最高裁は、
【1】 最判平成 17 年において、賃借人の特約に関する明確な認識

と合意を必要としており、当該事例の特徴と最高裁の例示から考えるならば、最高裁は、賃借人の自己負担の予測可能性を確保するために、①形式の充足性（契約書の契約条項自体に記載があること）、②内容の透明性（通常損耗の範囲が具体的に明記されていること）、③契約条項等の平易性（一般人でも理解可能な表現であること）、④十分な検討期間の確保（交渉可能性）を求めているといえよう。敷引特約が【2】最判平成23年3月のいうとおり、通常損耗等の回復費用賃借人負担の趣旨を含むのであれば、やはり同様に、敷引特約についても、少なくとも、敷引金のうち通常損耗の負担部分については、賃借人が負担すべき通常損耗の範囲を具体的に示すなど、①から④の要件を充たさなければ、敷引特約の通常損耗負担部分については、特約自体が成立しないというべきである。また、【2】最判平成23年3月は、敷引金のうち、通常損耗の回復費用以外の部分（要素）が存在することをはっきりとは認めていないものの、判旨が、敷引特約を、「通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含む」としていることから、その他の趣旨の存在自体は否定していない。その他の趣旨、すなわち、先述のとおり、敷引金に担保される債務の存在について、岡部裁判官の反対意見のとおり、これが不明である限り特約成立の合意の前提が欠けるのであるから、少なくとも、敷引金が担保すべき債権を発生させる契約条項（敷引特約とは別のまたは敷引条項に付随した契約条項）が、やはり必要とせざるをえない。

下級審は、敷引金を、ア．賃貸借契約成立の謝礼、イ．賃貸目的物の自然損耗の修繕費用、ウ．賃貸借契約更新時の更新料免除の対価、エ．賃貸借契約終了後の空室賃料、オ．賃料を低額にすることの代償、カ．前払い賃料、キ．中途解約権の対価などが渾然一体となったものと解し、これを敷引特約の有効性の判断で用いている。しかし、本来これは、敷引特約の性質決定であり、特約の成立段階で確定すべきものであると考える。

(3) 敷引特約の有効性

まず、第一に、敷引特約の消費者契約法 10 条前段該当性について検討する。「民法、商法、その他の法律の公の秩序に関しない規定」について、下級審の多くは、敷引特約に関して、民法の具体的条文（主に 601 条）を列挙しているのに対して、【2】最判平成 23 年 3 月は、通常損耗等の発生は賃貸借契約の本質上当然予定されているものであるから、賃借人は通常損耗等の回復費用の負担義務を負わないとの解釈による原則を判例法理として明確にした上で、この判例法理と特約とを比較していた。さらに、更新料に関する最判平成 23 年 7 月 15 日民集 65 卷 5 号 2269 頁は、「任意規定には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれる」と明言し、いわゆる拡張説⁸⁰を採用した。思うに、消費者契約法 10 条の明文で「規定の適用」とある以上、何らかの具体的法規が前提となっているはずであるから、できる限り具体的法規と条文を示すことが肝要かと思われるが、いかに任意規定の条文を発見しても、条文からだけでは、当該契約条項がなければ消費者に認められていた権利義務関係の具体的内容は明らかにならない（条文に関する解釈があつてはじめて保護されるべき消費者の具体的権利内容が明確となる）ことから、「任意規定の適用による場合」の解釈としては、できる限り具体的な法規と条文を指摘しつつ、裁判例の集積等で一般的に承認されている解釈論（判例法理等の解釈）等も含まれるとして、これを駆使して判断すべきと考える。また、上記のように解する方が、消費者契約法 1 条の趣旨（消費者擁護と国民生活の安定）にも合致し、一般の消費者にとっても根拠が明確で理解しやすいのではないか。したがって、【2】最判平成 23 年 3 月は、民法 601 条等の解釈として、賃貸借契約の本質を説くべきであった。

次に、「消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する」については、「消費者と事業者との間の特約がなければ、本来任意規定によって消費者が権利を行使できるにもかかわらず、不当

な特約によってその権利を制限すること、または消費者と事業者の特約がなければ、本来任意規定によって消費者には本来加重されることのない義務であるにもかかわらず、不当な特約によってその義務を加重されること」(傍点筆者)を指す⁸¹。敷引特約について、下級審は、先述のように、賃貸借契約では賃借物の使用収益と賃料とが対価関係にあることから、民法上賃借人は賃料以外の金銭的負担を負うものではないことを主な理由として、また、敷金の性質、敷引金の不明確性を、さらに理由として加えて、10条前段該当性を判断し、【2】最判平成23年3月も(通常損耗等の補修費用を敷引金でまかなう旨の特約が存在したからかもしれないが)、敷引特約によって、賃料以外に賃借人の負担する金銭(敷引金)が発生するということだけで消費者契約法10条該当性を判断することなく、賃貸借契約においては、特約のない限り、通常損耗等の補修費用を賃借人が負う義務はないことを解釈上確定して(敷引特約が通常損耗の回復費用賃借人負担を含む解釈も媒介として)、10条前段該当性を判断している。しかし、通常損耗等の補修費用を敷引金でまかなう旨の特約が存在しなかった、【3】最判平成23年7月判決においては、10条前段の該当性については、【2】を引用するのみである。この点は、消費者契約法10条前段と後段の関係に関わることであり、前段要件(任意規定を消費者の不利に変更していること)だけで後段要件が推定されるという立場(すなわち、結果的に、後段要件の検討は、後段要件を否定できるか否かに重点が置かれる)と、10条前段は、無効判断の対象となる条項が単に何かを画定する要件にすぎず、無効判断をもつばら10条後段充足性に重点を置く立場(10条後段要件充足性を積極的に認定できるかどうか重点が置かれることになる)によって変わってくる⁸²。確かに、前段と後段が並列的に列挙され、前段は任意規定からの乖離について事業者の立証がない限り効力を認めないという構造を採ってはいない。しかし、条文の文言が、「消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加

重する」(傍点筆者)となっていること、消費者契約法の目的が消費者の利益の擁護を図ることを主目的としていること(消費者契約法 1 条)、消費者契約法 10 条が強行法規以外に不当条項無効の一般条項として規定されていること、賃貸借契約において、契約書は貸貸人が一方的に作成していることから、10 条前段の役割は、単に 10 条前段要件を充足するだけで契約条項を無効とするものではないし、前段の要件充足性からすべての後段要件の充足性が推定されるとまではいえないが、少なくとも「契約条項の不当性」は推定され、後段においては、その不当条項が消費者の利益を「害する」ものであって、かつ「消費者の利益に対する侵害の程度が一方的かどうか」について、判断されるべきであると考える。

第二に、敷引特約の消費者契約法 10 条後段該当性について検討する。消費者契約法 10 条後段「民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」については、当該契約の目的となるもの、対価その他の取引条件、契約類型、公益性や取引の安定といった社会一般の利益の有無等を踏まえながら、消費者と事業者間の情報・交渉力の格差を背景に、不当条項によって、消費者の法的保護利益(民法等の任意規定および信義則に基づいて保護されている利益)を信義則に反する程度に両当事者の衡平を損なう形で侵害することであり、信義則上両当事者間の権利義務関係に不均衡が存在する程度の侵害であることを必要とし、「一方的に」とは、本来互酬的、双務的な権利義務関係を両当事者の衡平を損なう形で消費者の保護法益が侵害される場合であるとされている⁸³。

敷引特約について、敷引金は通常損耗等の回復費用賃借人負担の趣旨だけを含むと考えた場合、敷引条項が存在しない場合には、賃料に通常損耗等の回復費用(市場によって自動的にコントロールされているので標準額の実費)が含まれており、通常損耗等の回復費用分の事業者の利益と消費者の不利益が対価的均衡を

保っている。しかし、敷引条項が存在する場合には（二重負担は生じないとする最高裁の考え方によれば）、通常損耗等の回復費用（標準額または実費）が賃料から別途外出しされ、その分だけ敷引金でまかなうことになるはずであるが、実際は通常損耗等の回復費用の標準額または実費を超える敷引額が設定されているから、通常損耗等の回復費用の標準額または実費分を超える利益（敷引金－通常損耗の回復費用）が賃貸人に生じる一方で、対価性のない同額の不利益が賃借人に生じることから、敷引条項がないときの対価的均衡が大きく崩れ、消費者である賃借人に多大な不利益（対価的不均衡）が生じることになる。しかも、敷引条項の存在によって、消費者である賃借人に利益は全く発生せず、不利益のみ発生するのに対して、事業者である賃貸人には、賃料によって補てんされる通常損耗等の回復費用をはるかに超えた高額な利益のみ発生することから両当事者の衡平を著しく害するものといえる。また、敷引金に、通常損耗等の回復費用以外の要素も含まれると考えた場合、敷引条項の存在によって、通常損耗等の回復費用については、賃料に含まれる場合と同様、敷引金の中の一部として対価的均衡が保たれるものの、それ以外の要素の金額については、何に対する対価が不明なまま、賃貸人である事業者に高額な利益（敷引金－通常損耗回復費用）が生じるのに対して、何の対価が不明ゆえに、当然賃借人である消費者に利益が生じるとはいえないから（たとえ礼金であっても、賃借人には利益は生じない）、賃借人である消費者に新たに同額の不利益が生じるのみであり、対価的均衡は大きく崩れることとなる。結局、事業者である賃貸人が、一方的に作成した敷引条項によって、通常損耗等の標準額または実費をはるかに超える利益を取得するのに対して、消費者である賃借人は同額の不利益を被るのである。また、敷引条項の存在と消費者である賃借人の不利益発生とは因果関係が存在する。したがって、敷引条項は、信義則に反して消費者の利益を一方的に害する不当な契約条項として、消費者契約法 10 条後

段にも該当し、敷引条項は、少なくとも当該賃貸借の通常損耗等の回復費用の標準額または実費を超える金額部分は無効と考えるべきである。最高裁の判断は、契約書の契約条項で賃借人の負担する金額が明らかになっていれば、消費者である賃借人が自己の負担を明確に認識できるから、賃借人の利益を一方的に害するものではないとしているが、これは、契約成立段階の判断基準であり、消費者契約の有効性の判断（消費者契約法 10 条、特に後段）においては、賃借人の金銭負担の認識を判断要素として考慮すべきではなく、上記のように、当該契約条項の存在によって、客観的に事業者である賃貸人の利益と消費者である賃借人の不利益がどのように変化（両者の利益・不利益の増減）し、両当事者の対価的均衡がどのような状態になったかを判断基準とすべきである（消費者契約の成立要件の判断要素と有効要件の判断要素を明確に区別して判断すべきであって、両者を混在させるべきではない）。

次に、敷引金の金額についてであるが、最高裁は、敷引金が高額に過ぎると評価される場合には、消費者の利益を一方的に害すると判断しているが、その理論的根拠は明らかにされていない。しかも、【2】最判平成 23 年 3 月、【3】最判平成 23 年 7 月とも、敷引特約は、通常損耗等の回復費用賃借人負担の趣旨を含むとしながら、通常損耗等の回復費用の具体的金額には、全く触れずに、賃借人の賃料の 3.5 倍では、消費者の利益を一方的に害するとまではいえないとしているのみである。思うに、消費者契約法 10 後段を前述のとおり、当該契約条項の存在によって、客観的に、事業者である賃貸人の利益と消費者である賃借人の不利益がどのように変化（両者の利益・不利益の増減）し、両当事者の対価的均衡がどのような状態になったかを判断基準とした場合には、(1) 賃料が低廉で通常損耗等の回復費用の二重取りにならない場合で、賃貸目的物を単に契約当時の状態に戻すにすぎない場合、すなわち、当該賃貸借契約期間に発生した通常損耗等の回復費用（通常賃料に含まれている金額＝標準額または実費）を、敷

引金として敷金から控除することは認められるが、(2) それ以上に新築当時の状態に蘇らせる場合、すなわち、当該賃貸借契約以前に発生した通常損耗等を含めて回復する費用を、敷引金から控除することは、賃貸人によって結果的にまかなわれる当該賃貸借の賃料にも含まれない費用を賃借人に負担させるものであり、本来全く当該賃貸借の関係のない他人の賃借時の通常損耗等が含まれていることから、消費者の利益を一方的に害するといえる。さらに、(3) 新築以上のグレードアップを行う場合は、いうまでもなく、賃借人に無関係の賃貸人の新たな財産価値の取得でしかないから、当然消費者である賃借人の利益を一方的に害するといえよう。また、(1) の場合であっても、先述のように、敷引金が、賃料に含まれる通常損耗等の回復費用（標準額または実費）よりも多額であるときにも、やはり、事業者である賃貸人を不当に利得させるものであるから、消費者である賃借人の利益を一方的に害し、消費者契約法 10 条後段に該当すると思われる。

なお、賃貸借契約では、賃料の支払いと賃借物の使用収益が対価関係に立ち、通常損耗等回復費用は賃料に含まれるから、賃料に加えて敷引金の支払いを別途課することは通常損耗等回復費用の二重の負担を賃借人に強いることになるとの見解（いわゆる「二重負担論」）については、客観的に明白な程度に賃料が低廉でない限り、二重負担に該当すると思われるが、上記のように、二重負担論に立たなくとも、消費者契約法 10 条該当性を十分導けるものと思われる。

五 おわりに

消費者契約法 3 条は、事業者及び消費者双方の努力義務を規定し、事業者は、契約条項を定めるにあたって、消費者の権利義務その他の契約内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮し、契約締結に際して、消費者の理解を深めるために、必

要な情報を提供するよう努力しなければならない(1項)のに対して、消費者は、契約の締結に際して、事業者からの情報を活用し、消費者の権利義務その他の契約の内容を理解するよう努めるものとされている。最高裁は、【1】最判平成17年において、通常損耗等の回復費用貸借人負担の原則を明確にしつつ、通常損耗等の回復費用を賃借人に負担させる特約を認めたが、賃借人の負担予測可能性を確保するため、特約の成立要件を、非常に厳格なものに設定し、多くの学説も、この判決は消費者契約法3条を先取りする判決であるとして支持してきた。これに対して、最高裁は、敷引特約に関する【2】最判平成23年3月、【3】最判平成23年7月の判決において、敷引特約の法的性質を、通常損耗等の回復費用を賃借人に負担させる趣旨を含むとただけで明確にせず、敷引金額が契約条項に明示されれば、賃借人が自己の負担を明確に認識できるはずであるから、高額に過ぎない限り、特約を有効と判示したため、多くの学説はこれを批判している。

確かに、敷引特約に関する最高裁判決に関しては、先述のように、多くの疑問が残るものの、一方で、事業者が、消費者契約法3条の情報提供努力義務を尽くした場合には、他方で、消費者は、自己責任に基づき、契約の当事者としての責任を自覚し、その責任を果たすべきことを前提にして、消費者も、事業者から提供された情報と自ら収集した情報を合わせて活用するよう努力すべきとされており⁸⁴、敷引特約の特殊性があるとしても、明確な契約条項と詳細な説明(契約内容の透明性、合理的な義務負担内容と予測可能な負担金額)、さらには、十分な検討期間が確保されれば、消費者は、もはや契約条項が理解できなかったと主張することはできないことを示している。【2】【3】の最高裁判決によって、賃借人である消費者は、結果的に、賃料はもちろん、それ以外の契約条項にも注意を払い、貸借人に詳細な説明を求めるなど、特約の契約条項等の理解に一層努めなければならなくなったのであり、消費者契約法3条の消費者の努力義務と、その前提である消費者の自己責任を、敷引特約において具現化したともいえよう。

ただし、このように解釈したとしても、事業者である賃借人の責任を軽減するものではなく、判例が認めているように、敷引特約は、少なくとも消費者契約法 10 条前段に該当し、任意規定に比べて消費者である賃借人の義務を加重するものである（私見によれば、不当性が推定される）ことから、賃貸人は、地域の慣習にすぎない敷引制度を利用することを控えるべきであり、敷引金がどうしても必要であれば、賃料に含んで徴収することが最善であるが、そうでなければ、一時金のかたちで礼金、通常損耗等の回復費用などと仕分けして、賃借人に契約条項で具体的に明らかにすることが求められる。消費者契約法における事業者の情報提供努力義務は、単なる金額の情報提供で終わっては規定の意味がなく、敷引金の内訳・意義・必要性に関する情報が提供されてはじめて、規定が実効性を有してトラブルの原因を解消できるのである。梅博士の見解のように、賃貸物の修繕義務ルールについて、いつまでも慣習と裁判官に委ねておくことは⁸⁵、かえって無用の混乱を招くだけであること、また、賃貸借をめぐるトラブルが実際減少していないこと、また、消費者の民法に対する信頼も考慮すると、新たな法整備も必要かと思われるが、今後も下級審の判決と債権法改正の動向に注目していきたい。

なお、本論文は、平成 23 年度札幌大学研究助成による研究成果の一部である。

注

- 1 国民生活センターの報道発表資料「賃貸住宅の退去時に伴う原状回復に関するトラブル」(平成 23 年 3 月 3 日発表、http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20110303_1.pdf)によれば、紛争の原因として、①当事者双方に原状回復義務についての理解が十分でない、②退去時の立ち会いが行われていない、あるいは立ち会い時の現状確認が不十分、確認したことの記録が残されていない、③原状回復の具体的な内容について、当事者間に認識のずれがある、④原状回復費用の算出方法についての妥当性に問題がある、⑤原状回復の負担区分や敷金・保証金の返還に関する特約等が問題となっている。
- 2 これらの判決及び次の最高裁判平成 17 年判決については、以前、拙稿・野口大作「賃貸住宅の通常損耗と回復費用負担特約」札幌法学 18 巻 1 号 29 頁以下で論じているが、本研究においても極めて重要な事例と判決であるので再掲し、他の論文・判例批評とともに分析する。
- 3 この点に関しては、千葉恵美子「判批 (大阪高判平成 16 年 5 月 27 日及び大阪高判平成 16 年 7 月 30 日)」判例評論 562 号 26 頁が詳しく述べている。
- 4 島田佳子「建物賃貸借契約終了時における賃借人の原状回復義務について」判タ 1217 号 68 頁は、本件特約は、特に詳細なものであったにもかかわらず、合意が認定されなかったことから、負担内容の明確性、具体性の認定は厳格にすべきことが示されたとしている。
- 5 内田勝一「判批 (最判平成 17 年 12 月 16 日)」平成 17 年度重要判例解説・ジュリスト臨時増刊 1313 号 87 頁は、本判決は、「特約の有効性は承認しつつも、合意の成立要件を極めて厳格に解する立場にあり、本判決は特優賃貸住宅に関するものであるが、その判旨は建物賃貸借契約に一般に通じるもので、実務上重要な意義を持つ」、「本件判決は、借家契約における任意規定に反する特約の効力という観点から見ると、本件判決は、特約の成立要件を厳格にし、賃借人の救済を図ろうとするものである」と説明している。また、山本弘明「判批 (最判平成 17 年 12 月 16 日)」北海学園大学法学研究 42 巻 3 号 129 頁は、本判決が、制限解釈の根拠を賃貸借契約の本質に求めたことにより、個別特約の文言や特優賃貸法の事例に限定されことなく、賃貸借一般に適用可能となったとし、加えて、特約内容の規制ではなく、特約内容への組み入れ段階での条項規制であるため、契約自由の原則との直接の衝突を避けて特約内容の実質的コントロールができるものと評価している。また、この他に、小山泰史「判批 (最判平成 17 年 12 月 16 日)」立命館法学 325 号 773 頁、宮澤志穂「判批 (最判平成 17 年 12 月 16 日)」判タ 1210 号 60 頁、和根崎直樹「判批 (最判平成 17 年 12 月 16 日)」判タ 1245 号 53 頁も、本判決の射程は民間住宅まで及ぶとしている。
- 6 中田裕康「民法判例の動き」平成 17 年度重要判例解説・ジュリスト臨時増刊 1313 号 65 頁。
- 7 宮澤・前掲 58 頁以下は、最高裁は、契約規制の 3 つ手法 (①契約成立段階における規制、②契約解釈による規制、③契約内容の規制)のうち、②において制限的に解釈することもできたが、賃借人の二重の負担を重視し、賃借

人の予測可能性を確保するため、あえて①において厳格な規制を選択したと評価している。また、島田・前掲 68 頁注 51) では、最高裁は事件を原審に差し戻しており、負担区分表に基づく補修約定自体の効力を認めているから、本件約定の成立を認めつつ、その内容を合理的制限解釈の方法で通常損耗を除く趣旨であると評価し、本件最判の考え方は、基本的には特約を制限的に解釈する従来からの下級審の流れに沿うものであるとしている。これについて、沖野真巳「判批（最判平成 17 年 12 月 16 日）」消費者判例百選・別冊ジュリスト 200 号 58 頁は、原状回復義務に関する条項の解釈として通常損耗を含まないと解すること（条項の制限的解釈による手法）と、通常損耗を賃借人に課す特約自体が成立しないと解すること（特約の成否を問題にする手法）は、表裏をなしているとしている。

- 8 丸山絵美子「判批（最判平成 17 年 12 月 16 日）」法学セミナー 615 号 123 頁は、「契約の本質（賃貸借は通常損耗発生を伴う使用に対し賃料が設定される契約である）から逸脱して相手方に負担を課するような条項の場合には、相手方の認識・予測可能性の観点からも、より厳格に透明性が要求されることになる」としている。
- 9 ここでは、HP に掲載の判例は取り上げなかったが、下級審の状況については、牛尾洋也「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日）」龍谷法学 44 巻 1 号 193 頁以下が詳しい。同 205 頁以下の分析によれば、特約有効判決では、最判平成 17 年と同様、賃貸借契約の本質論や通常損耗負担の原則論などにより、消費者契約法 10 条前段該当性を認めながらも、特約の存在や内容について賃借人が明確に認識していたこと、敷引額や率、その他の不返還の一時金支払いの有無、賃借人の交渉力などの諸事情を総合的に考慮して、10 条後段該当性を否定しているが、特約無効判決では、10 条前段該当性については同様の理由で肯定し、後段該当性については、通常損耗補修費二重負担論と、賃料と別に負担するとの合意の不成立や敷引率の高さから否定するもののほか、最判平成 17 年と同様、特約自体の不成立を認めている判決があるとしている。また、千葉「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日・最判平成 23 年 7 月 12 日）」判例評論 640 号 11 頁も参照。
- 10 なお、定額補修分担金特約については、京都地判平成 20 年 4 月 30 日判時 2052 号 86 頁、大阪高判平成 20 年 11 月 28 日判時 2052 号 93 頁、京都地判平成 21 年 9 月 25 日判時 2066 号 95 頁がある。例えば、京都地判平成 20 年は、賃借人 X が、1 か月賃料 6 万 3 千円、共益費 6 千円で期間 2 年自動更新、更新料 1 カ月分のほか、退去後の賃貸借開始時の新装状態への回復費用の一部負担金として定額補修分担金（入居期間にかかわらず返還はない代わりに、賃貸人は、賃借人の故意重過失による損傷・改造を除き、これ以外に修理・回復費用の負担を求めることはできないとされている）を負担する旨の特約付きで、賃貸借契約を賃借人 Y と契約し、更新料を一回支払い更新したものである。裁判所は、賃貸借契約の内容から、通常損耗の回収は賃料の中に含ませて回収するものであり、賃借人に通常損耗の回復義務を負わせることはできないとし、分担金特約は、賃借人が本来負担しなくともいい通常損耗の回復費用の負担を強いるもののみならず、軽過失による損耗の回復費用も含

むにしても、賃料の 2.5 倍の分担金は、一般的に生じる軽過失損耗部分の回復費用額とはかけ離れており、かつ修繕費用の情報を持ち合わせない賃借人は交渉の余地もないことから、消費者契約法 10 条に該当し、賃貸借契約は、無効であると判示している。

- 11 民集 65 巻 2 号 277 頁。
- 12 なお、最高裁は、賃貸住宅の更新料に関する最判平成 23 年 7 月 15 日民集 65 巻 5 号 2269 頁において、消費者契約法 10 条の任意規定には、明文規定のみならず、一般的な法理等も含まれるとしながら、任意規定として民法 601 条を引用していることから、通常損耗等の回復費用についても（判文では明確にしていないものの）同様に、民法の 601 等を念頭に置いているものと思われる。
- 13 執行秀行「判批（最判平成 23 年 7 月 12 日）『敷引契約は消費者契約法 10 条により無効となるか』」新・判例解説 Watch 民法（財産法）4 号 71 頁。
- 14 最高裁調査官の武藤貴明「時の判例（最判平成 23 年 3 月 24 日）」ジュリスト 1431 号 145 頁は、「平成 17 年判決で問題となった特約においては、賃借人が退去時に負担することとなる額が契約締結時に必ずしも明らかではなく、そのため賃借人が予期しない負担を負うおそれがあるのに対し、敷引特約においては、敷金の額が契約書に明示されていれば、賃借人の負担額は契約締結時に明らかとなっているから、各特約の下での賃借人の置かれた状況が異なっており、平成 17 年判決の考え方が敷引特約の成立要件や有効要件を判断するに当たって影響を及ぼすものとは思われない」としている。しかし、敷引特約の趣旨に通常損耗の補修費が含まれるとした以上、特約の成立要件については、少なくとも最判平成 17 年との整合性を考慮せざるを得ないのではないか。
- 15 執行・前掲「判批（最判平成 23 年 7 月 12 日）」71 頁は、特約の有効要件として、（1）敷引特約の内容・合理性（敷引金が何の対価であるかを明確にし、その合理性を判断すべき）、（2）合理的選択可能性（賃借人が敷引金を賃料の実質を有するものと理解していたかどうか、敷引金のうち通常損耗の費用がどの程度含まれていたのか）、（3）交渉可能性（敷金の対価・対応する利益が明らかにされているかどうか）、（4）特約の経済的合理性（賃料とは別に徴収する意義があるかどうか）を問題にすべきとしている。
- 16 先の岡野裁判官の反対意見参照。中川敏宏「判批（最判平成 23 年 7 月 12 日）『居住用建物賃貸借における敷引特約と消費者契約法』」法学セミナー 683 号 124 頁も同旨。
- 17 野口大作「賃貸住宅の通常損耗と回復費用負担特約」札幌法学 18 巻 1 号 62 頁以下。千葉恵美子「賃貸住宅の修繕・補修費用の負担と敷金特約・敷引特約」堀龍児ほか編「担保制度の現代的展開」（2006 年）367 頁。
- 18 国土交通省住宅局『原状回復をめぐるトラブルとガイドライン（再改訂版）』（2011 年 8 月）9 頁以下。
- 19 我妻栄『債権各論 中巻一（民法講義 V 2）』（岩波書店 1957 年）445 頁。
- 20 三宅正男『契約法（各論）下巻』（青林書院 1988 年）835 頁。
- 21 星野英一『借地・借家法』（有斐閣 1969 年）201 頁。

- 22 石外克喜・幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法(15)』302頁。
- 23 なお、我妻・前掲書466頁は、「賃借人の返還すべき物は、借りた物自体であることは、賃貸借の性質から当然である。そして、その物が毀損したときは、保管義務違反の問題となる。また、目的物の通常の使用収益を妨げるものが附着しているとき（例えば、宅地に基礎工事の残りがるときなど）には、返還義務の内容として、これを取去して原状に回復しなければならない（次に述べる598条の準用はこのことをも意味している）。これに反し、賃借人の修繕その他の行為によって価値を増したときは、費用償還請求権と取去権の問題となる。」と記述しているのみである。
- 24 内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第2版〕』（東大出版会 2007年）178頁、近江幸治『民法講義Ⅴ 契約法〕〔第2版〕』（成文堂 2003年）191頁、大村敦志『基本民法Ⅱ〔債権各論〕〔第2版〕』（東大出版会 2005年）96頁。
- 25 末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣 1918年）585頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論』（1925年 岩波書店）455頁、我妻・前掲書443頁、望月礼二郎『不動産賃貸人の修繕義務』・契約法体系刊行委員会編『契約法体系Ⅲ賃貸借・消費貸借』（有斐閣 1966年）3頁。
- 26 星野・前掲書201頁・624頁、石外・前掲書302頁。
- 27 千葉・前掲論文367頁。
- 28 例えば、近江・前掲書191頁は、「特約である以上は一般に有効であろうが、しかし、606条（賃貸人の修繕義務）や608条（賃借人の費用償還請求権）に抵触するような悪質な特約は無効と解すべきであろう。」としている。
- 29 生熊長幸「判批（大阪高判平成15年11月21日）」判例評論552号14頁。
- 30 千葉・前掲「判批（大阪高判平成16年5月27日及び大阪高判平成16年7月30日）」27頁、千葉・前掲論文372頁。
- 31 千葉・前掲論文377頁。
- 32 内田勝一・前掲「判批（最判平成17年12月16日）」87頁は、「借家契約における特約の自由に対して、消費者契約法の効力に関する一般的な包括的条項であり、任意規定に反する規定の効力の相当性、合理性を判断する中心的地位を占める消費者契約法10条による挑戦が今後とも予想され、裁判所がどのように対応するか興味深い」としていた。
- 33 山本豊「借家の敷引条項に関する最高裁判決を読み解く－中間条項規制法理の消費者契約法10条への進出」NBL954号13頁以下。
- 34 山本豊・前掲論文20頁。これに対しては、千葉恵美子「判批（最判平成23年3月24日・7月12日）」判評640号12頁は、「通増型の敷引金特約は、より付随条項性が強い特約条項であり、契約締結時に、賃貸借契約の終了時点の補修費用額を想定し、交渉を通じて保証金・敷引金の合理性を判断して、契約締結の有無、得失を判断することを賃借人に期待することは難しい」としている。
- 35 山本豊・前掲論文21頁。
- 36 大澤彩「判例研究 敷引特約の有効性と消費者契約法10条（最判平成23・3・24、同23・7・12）」現代消費者法13号110頁以下。
- 37 執行・前掲「判批（最判平成23年7月12日）」69頁。

- 38 鈴木恵「消費者判例レビュー」現代消費者法 13 号 76 頁。
- 39 島川勝「敷金・更新料についての最近の最高裁判決と消費者契約法 10 条」法律時報 84 卷 2 号 107 頁。
- 40 千葉・前掲「判批(最判平成 23 年 3 月 24 日・最判平成 23 年 7 月 12 日)」14 頁。
- 41 丸山絵美子「判批(最判平成 23 年 3 月 24 日)」平成 23 年度重要判例解説ジュリスト臨時増刊 1440 号 64 頁。
- 42 小野秀誠「判批(最判平成 23 年 3 月 24 日)」私法判例リマークス(2012(下)) 45 号 33 頁。
- 43 潮見佳男「判批(最判平成 23 年 3 月 24 日)」『敷引判決の問題点—最判平成 23・3・24』消費者法ニュース 88 号 233 頁。
- 44 丸山・前掲「判批(最判平成 17 年 12 月 16 日)」123 頁は、「最高裁の判断は、事業者が一方的に契約条項を設定するような場合、条項は明確・平易であるべき、という透明性の原則(消費者契約法 3 条 1 項参照)にかなうもの」とし、沖野・前掲「判批(最判平成 17 年 12 月 16 日)」も、本判決は、「契約書の条項が一義的に明確でないときは、賃借人の具体的認識と合意内容化への同意がない限り(賃貸借契約の本質上通常である法律関係を変更し)賃借人に特別の義務を課す合意と解釈することはできないという帰結をもたら」し、「消費者契約法 3 条 1 項では努力義務にとどめられた透明性の原則(契約条項の明確性および平易さの要請)を、合意の範囲画定および条項解釈面での法的効果を伴うものとして具体化するものである。」と評価していた。また、宮澤・前掲判批 58 頁の注 17) も、賃貸人は、当該特約によって賃借人は賃料に含まれている補修費に加えて、さらに補修費を負担することになるか否かということを理解認識させなければならないとし、具体的には、負担すべき通常損耗の範囲のみならず、その補修費額、賃料と特約の関係等について、明確に認識し意思表示をしたと推認できるような実質(明確性・容易性・透明性など)を備えている必要があると説明し、これは消費者契約法 3 条 1 項の趣旨に合致するとしている。
- 45 丸山・前掲「判批(最判平成 17 年 12 月 16 日)」123 頁は、今後は、「契約条項が具体的・明確に顧客不利に書き直される可能性が伴うことには、注意が必要である。」としていた。
- 46 宮澤・前掲判批 58 頁の注 17) は、特約の成立段階で賃借人の明確な認識を要する以上、特約の成立が肯定されれば、さらにこれを合理的解釈によって制限して賃借人の負担範囲を限定することは、事実からかけ離れた解釈として困難になるであろうとしていた。
- 47 山本弘明・前掲「判批(最判平成 17 年 12 月 16 日)」130 頁は、本件特約は、賃貸借契約の本質から、通常とは異なり、賃借人が予測可能できない不意打ち的な条項であるから、厳格な合意要件を要求したものとすれば、反対に実質的な情報開示がなされれば、相手方の合理的な期待に反する条項についても拘束力が発生する考え方になじみやすいと示唆していた。
- 48 執行・前掲「判批(最判平成 23 年 7 月 12 日)」70 頁。
- 49 大澤・前掲「判批(最判平成 23・3・24、同 23・7・12)」114 頁、116 頁、執行・前掲「判批(最判平成 23 年 7 月 12 日)」69 頁、島川・前掲論文 111 頁など多数。

- 50 小野・前掲「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日）」33 頁、大澤・前掲「判批（最判平成 23・3・24、同 23・7・12）」117 頁。なお、清水元「判批（最判平成 17 年 12 月 16 日）」銀行法務 21・671 号 75 頁以下は、賃貸借における必要費の支出は賃貸人の義務であるが、特約により賃借人に負担させることもでき、双務契約における対価的調整からは、賃借人に別途負担させる代わりに賃料を減額することになるはずであるが、実際には、賃料には反映されていないし、必要費ですら賃料に反映されないのに、通常損耗の補修費が賃料に反映されるとするのは困難であり、そもそも賃貸借の当事者が非対称である場合に、合意を推定することが可能であるかは疑問であることをすでに指摘していた。
- 51 大澤・前掲「判批（最判平成 23・3・24、同 23・7・12）」117 頁。
- 52 潮見・前掲「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日）」233 頁、丸山・前掲「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日）」65 頁。
- 53 千葉・前掲「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日・7 月 12 日）」13 頁、14 頁。
- 54 丸山・前掲「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日）」65 頁。
- 55 潮見・前掲「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日）」233 頁。
- 56 小野・前掲「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日）」31 頁。
- 57 武藤・前掲解説 145 頁。
- 58 山本豊・前掲論文 17 頁、鳥飼晃嗣「居住用建物賃貸借における敷引特約に対する消費者契約法の適用について」判タ 1257 号 30 頁。
- 59 山本豊・前掲論文 17 頁、20 頁。
- 60 宮崎裕二「賃貸住宅契約と消費者契約法——実務家から見た更新料等の一時金の約定の効力について」法律時報 81 巻 13 号 369 頁。
- 61 山本豊・前掲論文 17 頁、澤野順彦「更新料特約および敷引特約の効力」NBL913 号 22 頁。
- 62 武藤・前掲解説 144 頁によれば、判例も含めて、消費者契約法 10 条後段にも該当し無効であるとする説は、①敷引特約に合理性がないこと、②敷引金の額が月額賃料に比して高額であること、③敷引金の敷金に占める割合が高率であること、④契約締結時に敷引特約の趣旨について具体的な説明がなかったこと、⑤賃貸人と賃借人との間には情報及び交渉力の格差があることなどを理由としている。他方、有効説は、①敷引特約が契約書に明記されるなどして、賃借人が契約締結にあたりその存在を認識し内容を理解していたこと、②居住用建物の供給は不足していないから、両者の情報・交渉力の格差があるとはいえないこと、③敷引特約が長年の慣行であること、④敷引金の額が高額とはいえないこと、⑤賃料の額は高額とはいえないこと、⑥他の一時金がないこと、⑦賃借人が相当長期間にわたり実際に建物を使用収益したこと、⑧長期間居住する賃借人にとっては、賃料に含ませるより一定額の敷引金として徴収される方が有利であること、⑨敷引特約により退去時の修繕費をめぐる無用な争いを避けることができることを理由としている。
- 63 久保田和志『賃貸住宅『原状回復をめぐるトラブルとガイドライン（再改訂版）』の概要と実務上の課題』現代消費者法 13 号 91 頁。
- 64 岡本英子「最高裁判決 2006 - 弁護士が語る【最高裁での逆転勝訴】敷金返

- 還請求事件訴訟」法学セミナー 626 号 10 頁以下によれば、【1】最判平成 17 年判決の原告は、新築物件に 3 年 2 か月居住し、毎日の掃除はもちろん、汚れには相当気を使っていたにもかかわらず、契約時に預けた賃料 3 か月分の敷金から 30 万余が差し引かれたため、信頼していた公社からこのようにあらゆる修繕費用を請求されるとは思っていなかったとして訴えたとのことである。
- 65 山本豊・前掲論文 19 頁は、通常損耗を賃料とは別に計上する趣旨を含む条項が、なぜ問題視されなければならないかについて、「賃料それ自体に比べると、敷引条項には契約締結に際しての賃借人の注意が相対的に向きにくくなるという問題があるからであろう」とし、「特約成立段階のチェックを厳格にし、賃借人の条項内容の認識を確保するというのが、まさに最判平成 17 年以降の判例の示す処方箋なのである」と指摘している。
- 66 国土交通省住宅局『原状回復をめぐるトラブルとガイドライン』は、平成 10(1998) 年 3 月に取りまとめられ、平成 16(2004) 年 2 月に改訂、平成 23(2011) 年 8 月に再改訂がなされている。また、東京都からは、「東京における住宅の賃貸に係る紛争の防止に関する条例」を踏まえ、東京都都市整備局住宅政策推進部不動産産業課編『賃貸住宅トラブル防止ガイドライン』(住宅新報社 2004 年)が発行されている。
- 67 ただし、平成 17(2005) 年度から平成 23(2011) 年度の間に、全国の国民生活センター等に寄せられた、賃貸アパート等の敷金・原状回復に関する相談件数(PIONET、平成 25 年 2 月更新)は、15,271 件、14,662 件、14,675 件、15,313 件、16,783 件、16,292 件、15,491 件であり、ほぼ毎年約 1 万 5 千件あり、ほとんど減少していない。
- 68 千葉・前掲「判批(最判平成 23 年 3 月 24 日・7 月 12 日)」11 頁。
- 69 民集 65 巻 2 号 277 頁別紙参照。
- 70 原田剛「判批(最判平成 23 年 3 月 24 日)最判平成 23 年 3 月 24 日の『敷引特約解釈への疑念』」消費者法ニュース 89 号 130 頁、城内明「判批(最判平成 23 年 3 月 24 日)」速報判例解説 vol.9 民法(財産法) No.7・90 頁の注 1) も同様の指摘を行っている。
- 71 内田貴・前掲書 178 頁。なお、三宅・前掲書 836 頁は、敷金は、担保の目的で返還の期限を定めて金銭を交付するが故に、担保(物)権を生じないで、専ら合意に従う債権の効力により担保目的を達するものであり、「寄託と異なり、継続的契約に付従する一種の担保契約(保証金契約)」としている。一方、我妻・前掲書 472 頁は、「敷金の交付は、一種の停止条件付返還債務を負う金銭所有権の移転である」とし、「賃貸人は、敷金の所有権を取得し、賃貸借が終了し賃借人が目的物を返還したときに、賃料その他の債務不履行があれば、その金額を控除し差額だけについて返還債務を負う」から、「敷金の主要な目的は、これによって、賃借人の賃貸借上の債務の履行が担保されることである」としている。
- 72 池田浩一「敷金・保証金・権利金」・遠藤浩ほか編『現代契約法体系 第 3 巻 不動産の賃貸借・売買契約』(有斐閣 1983 年) 16 頁。
- 73 最判昭和 48 年 2 月 2 日民集 27 巻 1 号 80 頁、大判大正 15 年 7 月 12 日民集

- 5 巻 616 頁。
- 74 最判平成 10 年 9 月 3 日民集 52 巻 6 号 1467 頁、近江・前掲書 198 頁。
- 75 生熊長幸「建物賃貸借契約終了時における敷金・保証金・権利金の取扱い」
太田知行＝中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』（創文社 1996 年）311 頁、
312 頁。
- 76 生熊・前掲論文 313 頁。ただし、同論文 322 頁では、「敷引き部分の第二の
要素は、前述のように、礼金（権利の一種である借家権設定の対価。実質的には、
賃料の一部前払い）であり」としており、礼金を実質的に賃料の前払いと考
えておられるかどうかは、明確ではない。
- 77 生熊・前掲論文 310 頁。
- 78 最判平成 10 年 9 月 3 日民集 52 巻 6 号 1467 頁。
- 79 三宅・前掲書 836 頁によれば、敷金は、担保目的を達成するための一種の
担保契約であるから、私見によれば、通常損耗等の回復費用債権以外の被
担保債権が存在しなければ、敷引金は、通常損耗等の回復費用の担保以外は、
担保としての敷金の存在意義が失われる（担保合意として成立しない）はず
である。
- 80 山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686 号 22 頁は、「任意規
定にかぎらず、不文の任意法規や契約に関する一般法理をふくめて、現行法
上消費者に認められる権利義務を消費者の不利に変更しているかどうかが基
準になる」とし、中田邦博「消費者契約法 10 条の意義」法学セミナー 549 号
39 頁は、「（明文の）任意規定のみならず、判例法や、契約類型における目的
やリスク分配、契約類型に即して信義則や慣行から導かれる一定のルールも
考慮されてしかるべきであろう」としている。なお、山本豊・前掲論文 16 頁、
同「消費者契約法 3・完」法学教室 243 号 62 頁も参照。これに対して、松本
恒雄「規制緩和時代と消費者契約法」法学セミナー 549 号 7 頁では、「10 条は、
そもそも民法や商法に何らかの規定が存在することが前提である」として厳
格に解釈している。
- 81 消費者庁企画課編『逐条解説・消費者契約法〔第 2 版〕』（商事法務 2010 年）
221 頁。
- 82 前者の立場として、千葉・前掲「判批（最判平成 23 年 3 月 24 日・最判平
成 23 年 7 月 12 日）」159 頁、後者の立場として、山本豊・前掲論文 16 頁、同「契
約の内容規制（その 2）」法学教室 340 号 124 頁。
- 83 消費者庁企画課編・前掲書 222 頁。
- 84 消費者庁企画課編・前掲書 98 頁。
- 85 日本近代立法資料叢書 4 法典調査会民法議事速記録四（商事法務研究会
1984 年）358 頁の梅博士発言部分参照。野口・前掲論文 67 頁以下に梅博士の
見解を解説しているので合わせて参照されたい。